

(١٣٢١)

قول الغارم وقول الغاصب

من مصنفات الفقه وشروح الأحاديث

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"ادعيا جميعا معرفته واختلفا فيه فالقول **قول الغارم** العامل ، فإن نكل عن اليمين حلف صاحب الأصل وأخذ ما ادعى ، وإن ادعى أحدهما معرفة مبلغ ذلك وقال الآخر لا أدري فالقول قول من ادعى المعرفة منهما ، قيل مع يمينه ، وقيل بغير يمين على الاختلاف في لحوق يمين التهمة ، وإنما قال إذا جهلا ذلك أنه لا يغرم مكيلة الخرص وإنما يغرم قيمته لأنه إن أخذ مكيلة الخرص من الطعام دخلت المزابنة ، إذ لا يدري هل أخذ أقل من حقه من الطعام أو أكثر ، فيدخله التفاضل في الصنف الواحد من الطعام مع الغرر والمزابنة ، ولو أخذ منه على غير خرص من الطعام ما لا يشك أنه أقل مما اغتسل أو أكثر لجاز ذلك لأنه هبة من أحدهما لصاحبه ، وكذلك إذا كان الذي اغتلا دراهم لا يعرفان مبلغها أو دنانير لا يعرفان مبلغها الواجب فيه أن يتحرى مبلغ الدنانير فيأخذ منه دراهم فيها نقدا قبل افتراقهما ، وأن يتحرى أيضا مبلغ الدراهم إن كان الذي اغتل دراهم ، فيأخذ منه فيها دنانير نقدا قبل افتراقهما بصرف يومهما أو بما يتفقان عليه من الصرف ، ولا يجوز أن يأخذ من الدنانير ما تحريت به الدنانير وال من الدراهم ما تحريت به الدراهم للعلة التي ذكرناها في الطعام إلا أن يأخذ عددا لا يشك أنه أقل من حقه أو أكثر على قياس ما ذكرناه في الطعام ، وقال إن العامل يغرم لصاحب الأصل كراء ذلك الموضع لميع السنين التي انتفع بها فيها ، ولم يبين من أي يوم ، ويتخرج ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها أن الكراء يكون عليه من يوم وقعت المعاملة بينهما ، والثاني أن الكراء

يكون عليه من يوم شرع في البنيان ، والثالث أن الكراء إنما يكون عليه من يوم اغتل على الاختلاف في هذا النوع من الفساد في المغارسة . وقوله إن الكراء إنما يقدر بالنقد عاما بعام صحيح لا إشكال فيه ، لأن ما فات من البيع الفاسد إنما يصحح بالقيمة نقدا يوم الفوات وإن تأخر الحكم عن ذلك ، وقد مضى في نوازل عيسى بن دينار توجيه اختلاف ابن القاسم ويحيى بن يحيى في النقض هل يكون للعامل قيمته قائما أو منقوضا ، فلا معنى لإعادته ، وإنما يكون له قيمته قائما عند يحيى على ما هو عليه من البلى ، يوم الحكم لا يوم عمله ، وقد مضى بيان ذلك والقول فيه في أول النوازل المذكورة ، وقد." (١)

"ثبت عليه ، اكتفي المشهود له من شهوده بأن يشهدوا له وأنه غصبه الأرض ، وإن لم يجدوها ، ولم يسئل المشهود عليه ، كم لهذا منها . وأخرج منها جميعا حتى يأتي ببينة على ما ادعاه فيها بعد دخوله من شراء صحيح ، أو حق يثبت له .

وقد قيل : إن الشهود إذا لم يثبتوا حوز الأرض بتعوير الغاصب لها كان القول قول المغصوب منه ، حكى

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٢٩٢/١٠

ذلك يحيى بن يحيى عن غير ابن القاسم في المبسوطة وأخذ به ، واستحسنه بعد أن حكى عن ابن القاسم مثل قوله ها هنا وعن ابن وهب أيضا وكذلك قال ابن كنانة ومطرف في الغاصب ينتهب من رجل مالا في صرة ، والناس ينظرون فيطرحه حيث لا يوجد ، إن القول قول المنتهب منه ، خلاف قول مالك في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الغصب في المسألة بعينها ، وخلاف هذه الرواية إذ لا فرق بينها وبينها في المعنى ، وقد قيل : إن الشهادة باطل إذا لم يحقق الشهود ما شهدوا به ولا حازوه ، وقيل : إن المشهود عليه يسجن بهذه الشهادة ، ويضيق عليه ، حتى يبين له بحقه ، ويحلف عليه ، هي رواية أصبغ عن ابن القاسم ، في كتاب الغصب قال أصبغ : وإن أنكر الجميع بعد الحبس أحلف كما يحلف المدعى عليه ، بغير شهادة ، وقيل : إذا لم يدر الشهود كم حقه من الأرض ، نزلوا على ما لا يشكون فيه ، ثم دفع إلى المشهود له ، وهو قول ابن كنانة ، وكذلك إذا شهد الشهود للرجل أن رجلا غصبه أرضا في قرية لا يعرفون موضعها ، يختلف في ذلك أيضا هل تبطل الشهادة أو يكون القول **قول الغاصب**؛ أو قول المغصوب منه ؟ وقد فرق في المجموعة ابن القاسم بين أن يشهد الشهود أنه غصب أرضا لا يعرفون موضعها أو أنه غصبه أرضا بعينها ، لا يثبتون حوزها ، وذلك أنه ذكر فيها أعني في المجموعة نص رواية عيسى عنه في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الغصب ، إن الشهادة باطل ، وزاد عليها قال : ولو شهدوا على الأرض ولم يثبتوا الحوز ، فذكر نص رواية يحيى ، هذه حرفا بحرف ، فبان بهذا افتراق المسألتين عنده ، فعلى هذا ليست رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب بمخالفة لرواية أصبغ." (١)

"فيه ، ولا لرواية يحيى هذه وإنما الخلاف بين هذه الرواية ورواية أصبغ في كتاب الغصب .

ويتحصل في المسألة ستة أقوال : أحدها إن الشهادة باطل لا توجب حكما . والثاني إنها توجب الشهادة على المشهود عليه . والثالث إن البينة تستنزل إلى ما لا يشك فيه ، والرابع إن القول قول المغصوب منه ، والخامس إن القول **قول الغاصب** ، إلا أن يأتي بما لا يشبه ، فيكون القول قول المغصوب منه ، على ما وقع في رواية يحيى هذه . والسادس الفرق بين أن يشهد الشهود على الأرض بعينها ، ولا يعرفون حدودها ، وبين أن لا يعينوا الأرض وإنما يشهدون أنه غصبه في القرية أرضا لا يعرفونها . وبالله التوفيق .

مسألة

قال : وسئل عن الرجل يدعي القرية فيستحقها بالعدول ، فلما أمر الشهود أن يحوزها ما شهدوا له عليه ، حازوا القرية بحدودها ، وقرية إلى جنبها في أيدي قوم لم يخاصموا ، فقال : القوم الذين حيز ما في أيديهم

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١١/٢٠١

، ممن لم يخاصم : نشهد أن الذي في أيدينا والذي قضى به لفلان : ليس لنا فيه شيء ، ولا للمقضي عليهم ولا للمقضي له ، ولكنه كله يجوز حدوده لرجل ذكروه غائب تركه في أيدي آبائنا أجمعين إرفاقا منه لهم ، يريدون أباهم وأبا المقضي عليهم ، والمقضي له ، وهم عدول غير متهمين ، أتجوز شهادتهم أم لا ؟ قال : لا شهادة لهم ، لأنهم مرتفقون ، يجرون إلى أنفسهم بشهادتهم ، ويريدون أن يقر بأيديهم ما أرفقوا به ، فشهادتهم عندي غير جائزة .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله : إن الشهادة غير جائزة ، لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : " لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولا جار لنفسه " . وبالله التوفيق .." (١)

"قلت : أرأيت إن جاء بالبينة أنه اشترى منه ، فزعم المدعي أن ذلك البيع إنما باعه منه من شدته وسطوته ، وهو ممن يقدر على ضرره وعقوبته ، لو امتنع من مبايعته ؟ قال : أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت عند القاضي أن المشتري موصوف بمثل ما زعم البائع من استطالته وظلمه ، وأنه قد عمل ذلك بغيره .

قلت : فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية ، ثم دس إليه من يأخذه منه سرا ، ولو لم يفعل لقي منه شرا قال : لا أرى أن يقبل قوله ، وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم بالله لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرتجعه ولم يأخذه بعد دفعه إياه إليه .

قال محمد بن رشد : أما ما ذكره من أن الظالم المعروف الغصب لأموال الناس والقهرة لهم عليها ، لا ينتفع بحيازته مال الرجل في وجهه ، ولا يصدق من أجلها على ما يدعيه من شراء أو هبة أو صدقة ، وإن طال في يديه أعواما إذا اقر بأصل الملك لمدعيه أو قامت له بذلك بينة ، فهو صحيح لا أعلم فيه اختلافا لأن الحيازة لا توجب الملك وإنما هي دليل عليه توجب تصديق غير الغاصب فيما ادعاه من تصييره إليه ، لأن الظاهر أنه لا يحوز أحد مال أحد وهو حاضر لا يدعيه ولا يطلبه إلا وقد صار إلى الذي هو بيده إذا حازه في وجهه العشرة الأعوام ونحوها ، لقول النبي عليه السلام " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " معناه عند أهل العلم بدعواه مع يمينه ، وأما الغاصب فلا دليل له في كون المال بيده وإن طالت حيازته له في وجه صاحبه ، لما يعلم من غصبه لأموال الناس والقهرة لها عليها . وأما إن أثبت الغاصب الشراء ودفع الثمن ،

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١١/٢٠٢

فادعى البائع أن أخذه منه في السر بعد أن دفعه إليه ، فهو مدع لا دليل له على دعواه ، فوجب أن يكون القول **قول الغاصب** المدعى عليه ، كما قال في." (١)

"على أن المرور في أرض الغير بغير اذنه هل يباح اختلفوا فيه قال الفقيه إن علم أن المالك أحدثه حل وإن علم أنه غصب حرم وعن الامام الأعظم رحمه الله تعالى أنه إذا كان له حائط أو حائل لا يحل المرور ولا النزول فيه وإن لم يكن فلا بأس به وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى إذا خفي عليه الطريق يمشي في الأرض المزروعة ولا يطأ الزرع وفي المنبع رجل غصب جارية فحبلت في يده إن كان الحبل من المولى أو الزوج فلا شيء على الغاصب وإن كان الحبل من زنى أخذها المولى وضمنه النقصان

والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر إلى ما نقصها الحبل وإلى أرش عيب الزنى فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه وهذا استحسان وفي القياس أن يضمن الأمرين جميعا وروى عن محمد أنه أخذ به لأن الحبل والزنى كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرز بضمان على حدة

ومن غصب أمة فزنى بها هو أو غيره فحبلت عنده فردها إلى المالك فهلكت بالولادة أو في النفاس ضمن الغاصب قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة اتفاقا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة شيئا أيضا والصحيح أن عليه ضمان نقصان الحبل عندهما وهل يجب على الغاصب حد الزنى أم لا لم يتعرض لهذا الحكم في الهداية ولا في شرح الجامع الصغير لكن ذكر الشيخ حسام الدين السغناقي رحمه الله تعالى في نهايته أنه يجب الحد لأن ضمان الغصب يوجب الملك دون ضمان الجناية ولهذا لو زنى بجارية ثم قتلها يحد عندهم لأنه لا يملكها بالضمان حتى يصير شبهة بخلاف مالو غصب جارية فزنى بها فقتلها ثم ضمن قيمتها لم يحد لأن ضمان الغصب يوجب الملك ولو غصب أمة فزنى بها فماتت قال محمد رحمه الله تعالى الأصح أنه تجب القيمة ولا يجب الحد فعلى هذا إن وجوب ضمان الجناية مع وجوب الحد يجتمعان وأما وجوب ضمان الغصب مع وجوب الحد فلا يجتمعان وفي العمادى إذا حبس رجلا حتى ضاع ماله لا يضمن ولو حبس المال من المالك وضاع يضمن

إذا حال بين رجل وأملاكه حتى تلفت لا ضمان عليه ولو فعل ذلك في المنقول ضمن

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٢٦٥/١١

رجل وقف بجنب دابة انسان ومنع صاحبها عنها حتى هلكت لا يضمن وأوضح من هذا إذا قاتل صاحب المال وقتله ولم يأخذه حتى تلف المال لا يضمن وقد مر في فصل أنواع الضمانات ما يخالف هذه المسألة

وسئل مولانا الشيخ علاء الدين والشيخ نظام الدين عن صاحب العمادى تغمدهم الله برحمته عن رجل ختم ماء أرز آخر حتى هلك الأرز هل يضمن أجاب مولانا الشيخ علاء الدين أنه يضمن

وفي التجنيس رجل أراد أن يسقي زرعه فمنعه إنسان حتى فسد زرعه لا يضمن قلت وهذه المسألة تخالف ما قبلها والله أعلم

وفي القنية إذا منع الآجر أو صاحب الأرض المستأجر من نقل متاعه إلى أن يعطي ما عليه من الخراج فهلك من مطر أو غيره لا يضمن إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في القيمة فالقول في قيمة المغصوب **قول الغاصب** مع اليمين إلا أن يقيم المالك البينة بأن القيمة أكثر مما قاله الغاصب فحينئذ يعمل ببينته لأنه نور دعواه بالحجة الملزمة

وفي الذخيرة وإن لم يكن لرب الثوب بينة وجاء الغاصب ببينة أن قيمة ثوبه كذا وكذبه رب الثوب

---

(١) ".

"رجل خاصم رجلا في عين فهو على وجهين أما أن كان العين هالكا أو قائما فالقائم لا يخلو اما ان يكون حاضرا في المجلس أو غائبا * فان ادعى أنه هالك فهذا ودعوى الدين سواء لانه بعد الهلاك يدعي الضمان وهو المثل في ذوات الامثال والقيمة في ذوات القيم فلا تصح هذه الدعوى الا بعد بيان القدر والجنس لأن دعوى المجهول فاسدة فان المدعي لو قال ان هذا استهلك مالي او قال كان هذا شريكي خان في الربح ولا أدري قدره لا يلتفت اليه وكذا لو قال بلغني أن فلنلا الميت أوصى لي ولا أدري قدره أو قال المديون قضيت بعض ديني ونسيت قدره أو قال لا أدري قدره لا يلتفت اليه * وذكر الخصاف رحمه الله تعالى ان القاضي اذا اتهم وصي اليتم أو قيم الوقت ولا يدعي عليه شيأ معلوما فان على قول أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى يستحلفه القاضي نظرا للصغير والوقف فان كان العين الذي يدعيه المدعي قائما حاضرا في المجلس لا بد أن يشير اليه باليد فيقول هذا العين لي ولا بد للشهود أيضا ان يشهدوا بالملك وأشاروا بايديهم الى المدعي والعين المدعى به والاشارة بالرأس لا تكفي الا اذا علم باشارتهم الاشارة الى

---

(١) لسان الحكام، ص/٣٠٦

العين المدعى به* ولو قالا مشهد أن هذا العين المدعى به وقالوا بالفارسية اين أن مدعى است لا يكتفى بذلك ما لم يصرحوا بالملك لأن الشيء كما ينسب الى الانسان بجهة الملك ينسب بالاجارة فلا بد من التصريح بالملك لقطع الاحتمال* وان كان العين غائبا وادعى أنه في يد المدعى عليه فأنكر ان بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة فقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه عابك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الروايات أنه تسمع دعواه فانه ذكر في كتاب الرهن اذا ادعى رجل على رجل انه رهن عنده ثوبا بكذا قال تسمع دعواه وذكر في الغصب اذا ادعى على آخر انه غصب منه عبدا أو ادعى أنه غصب منه جاريه وغيبها وأقام البينة على ذلك تقبل بينته ويحبس حتى يجيء بها ويردها على صاحبها وان لم يبين قيمتها فان قال الغاصب بعد ذلك فاتت الجارية أو بعتها ولا أقدر عليها قال يتلوم القاضي في ذلك زمانا ومقدار ذلك الزمان مفوض الى القاضي فان لم يقدر عليها قضى عليه بالقيمة والقول في مقدار القيمة **قول الغاصب** * وذكر في الوديعة رجل قال لغيره أودعتك عبدا وأمة وقال المستودع ما أودعتني الا أمة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى يضمن المستودع قيمة العبد وقال أبو بكر البلخي لا تسمع الدعوى الا بعد بيان القيمة قال وما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب محمول على ما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك وعامة المشايخ قالوا تصح الدعوى من غير دعوى الاقرار لان محمدا رحمه الله تعالى لم يذكر الاقرار في شيء من المواضع لكن ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي ببيان القيمة جدا فان لم يبين يسمع دعواه ويقبل بينته ويأمر المدعى عليه باحضار ذلك العين فان أبى حبسه شهرين فان أحضر عينا من ذلك الجنس يقال للمدعي أهذا الذي ادعيته فان صدقه أخذه وان كذبه كلف المدعى عليه باحضار عين اخر الى أن يوافقه المدعي في ذلك فان عجز المدعى عليه وظهر عجزه يقضي[٣٧٩] عليه بالقيمة والقول في مقدار القيمة قول المدعى عليه * ولو ادعى عينا حاضرا في يد رجل أنه له وأنكر المدعى عليه فأقام المدعي بينة على ما ادعى فسأل المدعي من القاضي أن يأخذ منه كفيلا بنفسه الى أن تظهر عدالة الشهود في القياس لا يكلفه القاضي وفي الاستحسان يجبره على اعطاء الكفيل واذا أعطاه كفيلا بنفسه ينبغي أن يأخذ منه وكيلا بالخصومة أيضا حتى لو غاب المدعى عليه يمكنه القضاء على الوكيل ويأخذ منه كفيلا بعين المدعى به لأن القاضي لا يتمكن من القضاء لا بحضرة المدعى عليه وحضرة العين ويجوز أن يكون الكفيل والوكيل واحدا وامنا يفعل القاضي ذلك عند طلب الحصم فان أبى أن يعطي كفيلا بنفسه أمر المدعي أن يلازمه آناء الليل واطراف النهار اما بنفسه وبغيره هذا اذا اقام المدعي البينة فاما اذا ادعى وام يقم البينة وطلب من القاضي تكفيله فهو على وجهين ان قال بينتي غائبة لا يكفله

وان قال حضور في المصر في القياس لا يكفله وفي الاستحسان يكفله الى المجلس الثاني وكذا لو أقام المدعي شاهدا واحدا فانه يأخذا منه كفيلا بنفسه وبالعين المدعى به ووكيلا بالخصومة وكفيلا بنفس الوكيل فان أعطاه الوكيل دون الكفيل أو الكفيل دون الوكيل لا يقبل القاضي ذلك منه الا ان يرضى به الخصم* ولو كان المدعى به نقليا فقال المدعى به لا ارضى بالكفيل بالنفس وبالكفيل بالعين وطلب من القاضي ان يضعه على يدي عدل ان كان المدعى عليه عدلا لا يخشى عليه تغييب العين لا يجيبه القاضي الى ذلك وان كان فاسقا يخشى عليه يجيبه القاضي الى ذلك وان كان التدءى به عقارا وطلب من القاضي ان يضعه على يدي عدل لا يجيبه القاضي الى ذلك الا ان يكون أشجارا عليها ثمار وان كان المدعى به دابة أو جارية يحتاج الى النفقة وأبى المدعي." (١)

"ولا وجه للقضاء في المجهول، وكذا لا بد من الإشارة إلى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة، وقال الشيخ الإمام الزاهد شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى الأصح أن هذه الدعوى والشهادة صحيحتان لمكان الضرورة فإن الغاصب يكون ممتنعا عن إحضار المغصوب عادة والشهود على الغصب قلما يقفون على أوصاف المغصوب وإنما يتأتى منهم معاينة فعل الغصب فسقط اعتبار علمهم بأوصاف المغصوب لمكان الضرورة فيثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم ويصير ثبوت ذلك بالبينة كالثبوت بإقراره فيحبس حتى يجيء بها ويردها على صاحبها، فإن قال الغاصب قد ماتت الجارية أو بعتها ولا أقدر عليها فإن القاضي لا يعجل بالقضاء بالقيمة لأن القضاء بالقيمة ينقل حق المغصوب منه عن العين إلى القيمة فيتلوم زمانا وذلك مفوض إلى رأي القاضي، وهذا إذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له، فأما إذا رضي فإنه يقضي ولا يتلوم، فإن اختلفا في قيمتها كان القول **قول الغاصب** مع يمينه فإذا قضى القاضي بالقيمة ثم ظهرت الجارية فإن كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بنكول الغاصب أو بإقرار الغاصب بما ادعى المالك من قيمة الجارية كانت الجارية للغاصب لا سبيل للمغصوب منه عليها وإن كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب بعدما حلف الغاصب يخير المغصوب منه إن شاء استرد الجارية ورد ما قبض على الغاصب وإن شاء أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها، وقال الكرخي رحمه الله تعالى هذا إذا كانت قيمتها بعد ما جاءت الجارية أكثر مما قال الغاصب أما إذا كانت قيمتها مثل ما قال الغاصب لا سبيل له على الجارية وفي الكتاب أطلق الجواب، وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى الأصح ما قال في الكتاب وهذا مذهبنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى الجارية باقية على ملك مولاها يستردها مولاها

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ٢/٢١٤

فيرد القيمة المقبوضة، رجل عليه دين لرجل فلم يؤد حتى مات الطالب إن أدى إلى الورثة برئ وإن لم يؤد كان ذلك للميت في الدار الآخرة.

فصل فيما يضمن بإرسال الدابة." (١)

" مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل ولم يذكر قيمة عين على حدة اختلف المشايخ فيه بعضهم شرط التفصيل وبعضهم اكتفى بالإجمال وهو الصحيح لأنه لو قال غصب مني عينا كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به كما في الكافي فإن عجز عن ردها كان القول في مقدار القيمة **قول الغاصب** فلما صح دعوى الغصب من غير بيان القيمة فلا يصح إذا بين قيمة الكل جملة كان أولى

وفي التبيين فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضا بل أولى وقيل يشترط ذكر القيمة إذا كانت الدعوى سرقة ليعلم أن السرقة كانت نصابا فأما فيما سوى ذلك فلا يشترط كما في الجامع

وفي التنوير وفي دعوى الإيداع لا بد من بيان مكانه سواء كان له حمل أو لا وفي الغصب إن كان حمل ومؤنة فلا بد من بيان موضع الغصب وإلا لا وفي دعوى المثليات لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجود وفي العقار لا يحتاج إلى قوله بغير حق كما يحتاج إليه في المنقول ولكن يذكر أن العقار في يده لأن المدعى عليه لا يكون خصما إلا إذا كان العقار في يده فلا بد من إثباته لكن سؤال صدر الشريعة باق على ما قاله يعقوب باشا في حاشيته ويؤيد ما في القهستاني من قوله ويزيده في العقار أيضا عند بعض المشايخ كما في قاضي خان والخزانة وهو المختار عند كثير انتهى

لكن اختلف المشايخ في الفتوى كما سيأتي تتبع

ولا تثبت اليد أي يد المدعى عليه فيه أي في العقار بتصادقهما أي لا تثبت بتصادق المدعي والمدعى عليه على أنه في يده بل تثبت اليد فيه ببينة بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل أو بعلم القاضي أنه في يده لاحتمال كون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة فلا حاجة إلى البينة ولا إلى العلم بل تثبت بتصادقهما في الصحيح احتراز عما قيل أن اليد تصح بالإقرار فلا حاجة إلى البينة ولا إلى العلم

وفي البحر شهدوا أنه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتى بالقبول قال الحلواني اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا تقبل لأنه إن لم يثبت أنه في يده بغيره لا يمكنه

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٣٢/٣

". (١)

" لم يحلف يكون حكمه حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلاثا ولو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبه مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة فإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب فإذا أخذ ثم ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار إن شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وإن شاء رد الثوب وأخذ القيمة

والغصب إنما هو فيما ينقل لأنه إزالة يد المالك بإثبات يده وذلك يتصور في المنقول ثم فرع عليه بقوله فلو غصب عقارا هو ماله أصل وقرار كالضيعة والدار فهلك في يده بأن غلب السيل على الأرض أو هدم البناء بآفة سماوية لا يضمن عند الشيخين لانتفاء الشرط هو النقل بل يرد لما مر أن الغصب إزالة اليد بفعل في العين وهو لا يتصور في العقار لأن يد المالك تزول عنه بإخراجه وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا أبعد المالك عن المواشي حتى تلف لا يضمن لأن منع المالك بالتبعيد فعل فيه لا في المواشي خلافا لمحمد فإن عنده يجري الغصب في العقار لأن إزالة اليد فيه يكون بما يمكن لا بالنقل وبقوله قال أبو يوسف أولا وزفر وهو قول الأئمة الثلاثة وبه يفتى في الوقف كما في شرح الكنز للعيني وغيره

وفي المنح الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان

وقال الأسروشني وعماد الدين في فصولهما والأصح أنه أي العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود في الوديعة أي إذا كان العقار وديعة عنده فجحده كان ضامنا بالاتفاق وبالرجوع عن الشهادة بأن شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا وما نقص منه أي من العقار بفعله كسكناه أي سكنى الغاصب في الدار المغصوبة وزرعه في الأرض المغصوبة ضمنه أي النقصان بالإجماع كما في النقلي لأن ذلك إتلاف وإهلاك والعقار يضمن به ولا يشترط للضمان الإتلاف في يده قيل في تفسير النقصان إنه ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده وقيل بل ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فيضمن تفاوت ما بينهما من النقصان

وقال العيني وغيره وهو الأقيس ويأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند الطرفين حتى إذا غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية أكرار ولحقه

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٣٤٦

من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فإنه يأخذ منه أربعة أكرار ويتصدق بالباقي وعند أبي يوسف لا يتصدق به أي بالباقي لأن الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لأن ما ضمن من

". (١)

" المغصوب غائبا وضمن قيمته للمالك ملكه أي الغاصب المغصوب إن كان قابلا للنقل من ملك إلى ملك هذا عندنا لأن المالك ملك البدل بكماله فيملك الغاصب البدل وإلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فلا توجد العدالة بل يقع الضرر فيملك الغاصب المبدل كما ملك المالك البدل تحقيقا للعدالة بينهما ودفعا للضرر حتى لو كان المغصوب قريب الغاصب يعتق عليه بأداء الضمان عندنا

وقال الشافعي لا يملكه الغاصب لأن الغصب محظور فلا يصلح سببا للملك مستندا إلى وقت الغصب وكل شيء ثبت مستندا فهو ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر أثره في حق الأولاد ويظهر في حق الأكساب وعن هذا قال وتسلم له الأكساب للتبعية دون الأولاد لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ولا يكون أكسابهما مدبرا ومكاتبا

والقول في القيمة عند اختلافهما للغاصب مع يمينه لأنه منكر إن لم يبرهن مالكه على الزيادة التي ادعاها فإن أقيمت حجتها وجبت تلك الزيادة ولم يعتبر **قول الغاصب** حينئذ لأن المالك أثبته بالحجة الملزمة وفيه إشعار بأنه لو لم يقم وأقام الغاصب حجة القلة لم تقبل وهو الصحيح بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل

وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام بينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح كما في النهاية وغيرها

وفي المنح الغاصب أو المودع المتعدي إذا قال لا أعرف قيمة المغصوب بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه ولا يقر بشيء من القيمة ويقول لا أعرف قيمته فإنه يحلف على دعوى المدعي فإن لم يحلف يكون حكمه حكم النكول وهل يشترط ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب أم لا الأصح عدم الاشتراط

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٨١/٤

". (١)

" قال محمد في الأصل إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها أو يردها على صاحبها وتمامه في العناية فليراجع

فإن ظهر المغصوب الغائب وقيمته أكثر أي حال كون قيمته أكثر مما ضمن الغاصب به و الحال أنه قد ضمنه الغاصب بقول المالك أو ببرهانه أو بالنكول أي بنكول الغاصب عن اليمين فهو أي المغصوب للغاصب ولا خيار للمالك لأنه رضي به لادعائه هذا القدر وينفذ بيع الغاصب ضمن القيمة بعد بيعه

وإن ضمنه الغاصب بقوله أي **بقول الغاصب** مع يمينه فالمالك بالخيار إن شاء أمضى الضمان أي أجاز بأن رضي بالبدل وترك المغصوب في يد الغاصب أو إن شاء أخذه أي المغصوب الظاهر من الغاصب ورد عوضه الذي أخذه من الغاصب لأنه لم يرض بزوال عينه بهذا المقدار لادعاءه الزيادة فيصير أخذه لضرورته عن إقامة البينة قال العيني وغيره ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل في هذه الصورة وهي ما إذا ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه قال الكرخي لا خيار له لأنه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الأصح

ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر أي لو أقام الغاصب البينة على أنه رد المغصوب إلى المالك فهلك عنده وأقام المالك بينة على أنه هلك عند الغاصب فبينة الغاصب أولى عند محمد لأن الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة إلى إثباته لكن الغاصب يدعي زواله والمالك ينكره فبينة الغاصب تكون أولى

وفي المجمع وهذا ظاهر المذهب خلافا لأبي يوسف فإن عنده بينة المالك أولى لأنها مثبتة للضمان ولم ينقل عن الإمام شيء

وفي الجواهر ولو شهدوا أن الغاصب غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغصب أنه مات في يد المالك لم تسمع بينة الغاصب وروي عن محمد في الإملاء أن البينة

". (٢)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٩٠/٤

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٩١/٤

"عنها ولزم الغاصب قيمتها ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخياران شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا إذا قطع يدهما ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك فيمتها ملكها والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب فإن كان ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة أيضا ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان

---

(١) ".

" لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فإنه مستحيل واسمه ينبئك عنه فإن البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا لما يقوم مقام القائم فإذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه في المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم ، وكذا لفظ الجبران ينبئ عنه فإنه لا يكون إلا عن الفائت كالبدل ، ولا يقال هذا بدل عما فات ، وهو اليد لا الملك لأن الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك إذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضي بقيمته ، وأخذ القلب ثم افترقا

---

(١) بداية المبتدي، ص/٢٠٦

قبل القبض لا يبطل القضاء ، ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لأنا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان إجحافا بالغاصب بإزالة ملكه عن البدل ، وإثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع إمكان تحقيق العدل بينهما ، وهذا خلف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضروريا ، وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بيعا من كل وجه فلا يظهر في حق البطلان بالافتراق قبل القبض لأن شرط التقابض ثبت فيما هو سبب للملك مقصودا فلا يتعداه . وأما المدبر فنقول يزول ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو لم يظهر المدبر وظهر له كسب كان للغاصب إلا أنه إذا ظهر المدبر يعاد إلى ملك المغصوب منه صيانة لحق المدبر أو نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا عن اليد التي فاتت بفعله للضرورة أو عن العين من غير أن يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ، ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك إلى ملك ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ لأنا نقول ينفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد القضاء لكونه قنا بعد انفساخه . والجواب عما تلا أن رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران ، وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لأنه تبع إذ الكسب بدل المنفعة ، ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف أو الذي فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لأنه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه . قال رحمه الله : (والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لأن الغاصب منكر والمالك مدع ، ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ، ذكره في النهاية ثم قال فيه : قال بعض مشايخنا : ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين ، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ، ولو أقام البينة تقبل بينته ثم قال ، وكان أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة ، ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة ، وهو الصحيح . قال رحمه الله : (فإن ظهر وقيمته أكثر ، وقد ضمنه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ، ولا خيار للمالك) لأنه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما أعاده . قال رحمه الله : (وإن ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض) لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان ، وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ، ولو ظهر المغصوب ، وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل في هذه الصورة ، وهي ما إذا

ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه قال الكرخي رحمه الله : لا خيار له لأنه توفر عليه مالية ملكه بكماله ، وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار ، وهو الأصح لأن ثبوت الخيار لفوات الرضا ، وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه ، وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لأنها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لأنه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا . قال رحمه الله : (وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه ، وإن حرره ثم ضمنه لا) أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ، ولا ينفذ عتقه ، والفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لأنه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الأولاد ويظهر في حق الأكساب لأن الولد أصل من وجه تبع من

". (١)

"وإن ادعى الهلاك ، وأنكر الطالب حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليها ببدلها وإذا قضى عليه بالبدل ملكها عندنا خلافا لمالك والشافعي وأحمد ذكره في درر البحار ، وإن اختلفا في القيمة فالقول للغاصب مع يمينه إن لم يقم المالك حجة على الزيادة فإن ظهرت العين بعد القضاء والضمان ، وقيمتها أكثر مما ضمن ، وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك على قيمتها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك ، وهو للغاصب إذ ملكها لما ضمنها ، وقد كان الضمان بقول المالك فتم الملك للغاصب بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار ذكره في الإيضاح ، وإن كان ضمان القيمة **بقول الغاصب** مع يمينه فالمالك بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ، ورد العوض ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية ، وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي إنه لا خيار له من الهداية .." (٢)

"ولو قال الغاصب : غصبتك أرضا ، وبنيت فيها ، وقال المغصوب منه : بل غصبتني الأرض مبنية فالقول قوله ، والبينة بينة الغاصب ، وكذلك النخل والشجر في الأرض .

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٣١/٥

(٢) مجمع الضمانات، ٣٩٨/٢

ولو اختلفا في متاع في الدار أو آجر أو خشب موضوع فيها فالقول **قول الغاصب** ، والبينة بينة المدعي .." (١)

"جاء الغاصب بثوب ، وقال : أنا غصبت هذا فقال المالك : لا بل غصبت ثوبا آخر غير هذا الثوب هرويا أو مرويا فالقول **قول الغاصب** .." (٢)

"رجل حمل على دابة غيره بغير أمره فتورم ظهر الحمار فشق صاحب الحمار ذلك الورم فانتقص من ذلك قيمة الحمار إن اندمل من غير نقصان لا ضمان عليه ، وإن انتقص لا يخلو إن انتقص من الورم ضمن النقصان ، وإن انتقص من الشق لا يضمن وكذا لو مات الحمار ، وإن اختلفا فقال الغاصب : مات من الشق ، وقال صاحبه : مات من الورم فالقول **قول الغاصب** مع يمينه من الخلاصة من كتاب الغصب .

وفيها دخل دار رجل وأخرج منها ثوبا ، ووضعه في منزل آخر منها فضاع الثوب إن لم يكن بين البيتين تفاوت في الحرز لا يضمن ، وإن كان بينهما تفاوت يضمن انتهى .." (٣)

"رجل قال لآخر غصبتك ألف درهم وربحت فيه عشرة آلاف درهم ، وقال له المقر له قد أمرتك به فالقول قول المغصوب منه ولو قال لا بل غصبت العشرة آلاف كلها فالقول **قول الغاصب** من الخلاصة .." (٤)

"الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك إلا أن هناك ينظر إلى ثلاثة أشياء إلى قيمة العبد وقت الرهن وإلى قيمته وقت الإعتاق وإلى الدين فيسعى في الأقل من الأشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسعى في أقلهما إذا كان الراهن معسرا ويرجع بما سعى عليه

فصل وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق إذا كان الدين ألف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن إنه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لأن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله

---

(١) مجمع الضمانات، ٤٨٦/٢

(٢) مجمع الضمانات، ٦٤/٣

(٣) مجمع الضمانات، ١٠٩/٣

(٤) مجمع الضمانات، ٤٧٧/٦

ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان

ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك علي وهو ألف والرهن يساوي ألفا وقال المرتهن ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم فقد روي عن أبي حنيفة أن القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فأشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فإن هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وإن إتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول **قول الغاصب** في مقدار الضمان فكذا هذا

ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك إن القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنهما اختلفا في قد (((قدر))) المعقود عليه وأنه يوجب التحالف كما في باب البيع

ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الأصل لأنها تثبت زيادة ضمان

ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته من (((مني))) بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما (((أقام))) البينة فالبينة بينته أيضا لأنها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى

ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لأن الراهن يدعي دخوله في الضمان وهو ينكر

ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان

ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وإنما ازداد بعد ذلك فإنما ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدا له

وإن أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لأنها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع إلي وصدق العدل

الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كماإذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه

ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لأن اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعي خروجه عن الضمان وتحول الضمان إلى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه

وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بأن ادعى أنه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وإن قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى أن تجيء بينته أو يصدقه لما ذكرنا أنه كان مضمونا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل إذا قال بعت بتسعمائة ولا يعلم إلا بقوله لم يكن على العدل إلا تسعمائة

". (١)

"فيبرأ إما بنفس الاختيار أو بشريطه رضا من اختار تضمينه أو القضاء على اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما

ولو أبرأه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الإبراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله

وقال زفر رحمه الله لا يصح

وجه قوله أن الإبراء إسقاط وإسقاط الأعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت وإذا هلكت ضمن

ولنا أن العين صارت مضمونة بنفس الغصب لأن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا إبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت

ولو أجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب صح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالا بالقرض

---

(١) بدائع الصنائع، ١٧٤/٦

ولنا عدم اللزوم في القرض لكونه جاريا مجرى الإعارة لما بين في كتاب القرض والأجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى لا يوجد في الغصب فيلزمه وهذا لأن الأصل هو لزوم التأجيل لأنه تصرف صدر من أهله في محله وهو الدين إلا أن عدم اللزوم في باب القرض لضرورة الإعارة ولم يوجد ههنا فيلزم على الأصل والله تعالى أعلم

وأما ملك الغاصب المضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل الحكم أنه سبب أم لا وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان صفة الحكم الثابت

أما الأول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يثبت إذا كان المحل قابلا للثبوت ابتداء

وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت أصلا حتى إن من غصب عبدا واكتسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعنده ملك للمالك

ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده إلى المالك فالمغصوب منه بالخيار إن شاء انتظر إلى أن يظهر وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه قيمته ثم ظهر العبد ينظر إن أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سماها ورضي بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبرا يعود على ملك المالك بالإجماع

وجه قوله أن المالك لا بد له من سبب والغصب لا يصلح سببا لأنه محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور ولأن ضمان الغصب لا يقابل العين وإنما يقابل اليد الفائتة فلا تملك به العين كما في غصب المدبر

ولنا أن ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لأنه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل في ملك المالك وهذا لا يجوز وإذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لأحد فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش بإثبات يده عليهما

وبه تبين أن ما هو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبر لأنه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل للمتملك (((التملك))) ابتداء وههنا بخلافه

والله أعلم

ولو أخذ صاحبه القيمة **بقول الغاصب** بأن اختلفا في القيمة وقضى القاضي بالقيمة **بقول الغاصب** وبيمينه ثم ظهر العبد ذكر في ظاهر الرواية أن المغصوب منه بالخيار إن شاء رضي بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وإن شاء رد المأخوذ وأخذ العبد لأنه تبين أن المأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار

وإن أراد استرداد العبد فللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذه وإن لم يكن فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا ظهر العبد وقيمته أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فأما إذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه

وهكذا فصل الكرخي رحمه الله لأنه رضي بزوال ملكه بهذا البدل وفي ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل

ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى الغاصب أنها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه أنها كانت قبله كان الجصاص يقول من تلقاء نفسه إن القول **قول الغاصب** لأن التمليك قد صح فلا يفسخ الشك

وأما وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لأن الملك في الضمان يستند إلى وقت وجود الغصب فكذا

---

(١) ".

هذا"

وقيل موضوع المسألة أنه خللها بالنقل من الظل إلى الشمس لا بشيء له قيمة

وهو الصحيح

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب جلد ميتة ودبغه أنه إن دبغه بشيء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه أن يأخذه ولاشيء عليه للغاصب لأن الجلد كان ملكه وبعدما صار مالا بالدباغ بقي على

---

(١) بدائع الصنائع، ١٥٢/٧

حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم إنما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم إلا بالعقد ولم يوجد

هذا إذا أخذه من منزله فدبغه فأما إذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لأن الإلقاء في الطريق إباحة للأخذ كإلقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق

ولو هلك الجلد المغصوب بعدما دبغه بشيء لا قيمة له لا ضمان عليه لأن الضمان لو وجب عليه إما أن يجب بالغصب السابق وإما أن يجب بالإتلاف لا سبيل إلى الأول لأنه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل إلى الثاني لأنه لم يوجد الإتلاف من الغاصب

وإن استهلكه يضمن بالإجماع لأنه كان ملكه قبل الدباغ وبعدما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه وإتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه لا حق له فيه يوجب (((فيوجب))) الضمان

ولو دبغه بشيء متقوم كالقرظ والعفص ونحوهما فلصاحبه أن يأخذه ويغرم له ما زاد الدباغ فيه لأنه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له أن يضمنه قيمة الجلد لأنه لو ضمنه قيمته يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب

ولو هلك في يده بعدما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه

وذكر في ظاهر الرواية أن على قولهما يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه

وذكر الطحاوي رحمه الله في مختصره أن عندهما يغرم قيمته إن لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ

وجه قولهما أنه أتلف مالا متقوما مملوكا بغير إذن مالكه فيوجب الضمان كما إذا دبغه بشيء لا قيمة له فاستهلكه وإنما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلأن الجلد بالدباغ صار مالا متقوما

وأما الملك فلأنه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما إذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لأن الأصل أن الحادث بفعل الإنسان حقا له فلا يمكن إيجاب الضمان عليه فالتحق هذا الوصف بالعدم فكان هذا إتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولأن تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لأنه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ مضمون فيه فكذا ما هو تابع له يكون ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن

بالقيمة عند الإتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما إذا دبغه بشيء لا قيمة له لأن هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الأصل فلا يلحق به غيره

وإن كان الجلد ذكيا فدبغه فإن دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء عليه لما ذكرنا أنه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له أن يضمن الغاصب شيئا لأن الجلد قائم لم ينتقص

ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب إذا صبغه أصفر أو أحمر بصبغ نفسه

ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديما أو زقا أو دفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لأنه صار شيئا آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكا له معنى ثم إن كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وإن كان ميتة فلا شيء

ولو غصب عصيرا (((عصير))) لمسلم (((المسلم))) فصار خمرا في يده أو خلا ضمن عصيرا مثله لأنه هلك في يده بصيرورته خمرا أو خلا والعصير من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه إذا قال الغاصب هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فإن القاضي يحبس الغاصب مدة لو كان قائما لأظهره في تلك المدة ثم يقضي عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم إن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فما لم يثبت العجز عن الأصل لا يقضى بالقيمة التي هي خلف

ولو اختلفا في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله **قول الغاصب** لأن المغصوب منه يدعي عليه الضمان وهو ينكر فكان القول قوله

". (١)

"(ويصح من حر مكلف) ولو سكران أو مكرها أو مخطئا أو مريضا أو لا يعلم بأنه مملوكه **كقول الغاصب** للمالك أو البائع للمشتري أعتق عبدي هذا وأشار إلى المبيع عتق ، لا من صبي ومعتوه ومدهوش ومبرسم ومغمى عليه ومجنون ونائم كما لا يصح طلاقهم ؛ ولو أسنده لحالة مما ذكر أو قال وأنا حربي في

---

(١) بدائع الصنائع، ١٦٣/٧

دار الحرب وقد علم ذلك فالقول له (في ملكه) ولو رقبة كمكاتب ، وخرج عتق الحمل إذا ولدته لستة أشهر فأكثر (ولو لأقل صح ولو بإضافته إليه) كإن ملكتك ، أو إلى سببه كإن اشتريتك فأنت حر ، بخلاف إن مات مورثي فأنت حر لا يصح ؛ لأن الموت ليس سببا للملك .

ومن لطائف التعليق قوله لأمته : إن مات أبي فأنت حرة فباعها لأبيه ثم نكحها فقال إن مات أبي فأنت طالق ثنتين فمات الأب لم تطلق ولم تعتق ظهيرية ، وكأنه ؛ لأن الملك ثبت مقارنا لهما بالموت فتأمل .

(بصريحه بلا نية) سواء وصفه به (كأنت حر أو) عتق أو (عتيق أو معتق أو محرر) ولو ذكر الخبر فقط - كان كناية (أو) أخبر نحو (حررتك أو أعتقتك أو أعتقك الله) في الأصح ظهيرية (أو هذا مولاي أو) نادى نحو (يا مولاي) أو يا مولات ، بخلاف أنا عبدك في الأصح (أو يا حر أو يا عتيق) .

ولو قال أردت الكذب أو حريته من العمل دين (إلا إذا سماه به) وأشهد وقت تسميته خانية ، فلا يعتق ما لم يرد الإنشاء ، وكذا في الطلاق (ثم) بعد تسميته بالحر (إذا ناداه) بمرادفه (بالعجمية) كيا أزاد (أو عكس) بأن سماه." (١)

" وإنما يأخذ صاحب الثوب على ما هو مذكور أيضا ويضمن الغاصب الزيادة الحاصلة بسبب الصباغ ويضمن صاحب الصباغ بدل الصباغ (الهندية في الباب الثاني) . ٤ - مخير ويفهم من ذكر التخيير على الإطلاق أنه إذا كانت قيمة الصباغ أكثر من قيمة القماش يكون الحكم على المنوال المشروح . والأقل في هذه الصورة لا يتبع الأكثر بمقتضى المادة (٩٠٢) ٥ - قيمته المعتبر في قيمته يوم الخصومة كما هو مذكور في أثناء شرح المادة وإلا فليست قيمته يوم اتصاله بالقماش أبو السعود المصري أي يؤدي المغصوب منه ما يحصل من الزيادة بسبب الصباغ للغاصب نقودا ومع أن الغاصب يخير في المادة (٩٠٢) على هدم البناء فلا يجبر الغاصب في هذه المادة على تفريق صباغه لأنه لما كان تفريق الصباغ عن القماش متعذرا فلو فرق عنه بالغسل لاختلط الصباغ بالماء وذهب ضياعا أما البناء فله وجود بعد النقض أبو السعود الاختلاف في الزيادة : لو ادعى الغاصب أنه قد صبغ القماش على الوجه المذكور وأن له أخذ بدل الزيادة بمقتضى حكم هذه المادة وادعى المغصوب منه أنه قد غصب وهو مصبوغ فالقول للمغصوب منه وإذا أقام كلاهما البينة رجحت بينة الغاصب والحكم على هذا المنوال في الاختلاف في بناء الدار وحلية السيف (البزازية) ولو اختلفا في مشاع موضوع في الدار المغصوبة أو في آجر موضوع أو في باب موضوع فالقول

---

(١) رد المحتار، ٢٨٠/١٣

قول الغاصب والبينة بينة المغصوب منه . القسم الثاني تغير الذات والتفصيلات في هذا الشأن مذكورة في المادة الآتية - * * * * * - (المادة ٨٩٩) - (إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا ويبقى المال المغصوب له . مثلا لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقا يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامنا للحنطة ويكون المحصول له) بما أن حق المالك وملكه يزولان عن المغصوب وينقطعان ويصبح الغاصب بذلك مالكا له فيلزم الغاصب أن يضمن بدله للمغصوب منه ولا يأخذ المغصوب منه ذلك المال وهو متغير على الوجه المذكور لأن تبدل الاسم يدل على تبدل العين وتعتبر عين المغصوب كأنها لم تكن باقية ولا موجودة فينقطع حق المالك من الغاصب فيلزم الضمان عليه لتعديه بتبديل المغصوب وتغييره أبو السعود . الأصل : يوجد أصلان في مسائل الغصب . الأصل الأول : يستبدل بتبدل الاسم على انقطاع حق المالك . وهذا الأصل يشمل عامة مسائل الغصب وعليه فلو طحن الغاصب الحنطة المغصوبة أو خبز الدقيق المغصوب أو عمل القماش المغصوب قميصا أو نسج الخيوط المغصوبة قماشا أو الخوص المغصوب زنبيلا أو الخشب المغصوب بابا أو الحديد المغصوب سيفا أو جز الصوف الذي على ظهر الغنم وجعله لبودا أو عصر السمسم المغصوب زيتا أو عمل التراب المغصوب لبنا للمباني أو قرميدا أو خلل عصير العنب المغصوب فيكون قد تغير المغصوب ويكون قد انقطع منه

". (١)

"أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته

وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبقي مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وإن كان ثوبا يزيد في السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو وكان ثوبا تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٨٦/٢

درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غيرقابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

قال والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبته بالحجة الملزمة

قال فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار

قال فإن كان ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه

". (١)

"إمساكه على نفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره (لنفسه) فضمنه كالغاصب

وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لانه يملك التصرف في برجه فلا يضمن (به) ما فيه

فصل إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب فقال المغصوب منه هو باق وقال الغاصب تلف فالقول **قول الغاصب** مع يمينه لانه يتعذر إقامة البينة على التلف

وهل يلزمه البدل فيه وجهان أحدهما لا يلزمه لان المغصوب منه لا يدعيه

والثاني يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبدا فأبق

فصل وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته فقال الغاصب قيمته عشرة وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول **قول الغاصب** لان الأصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه

---

(١) الهداية شرح البداية، ٤/١٨

فصل وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة وقال المغصوب منه لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لان الأصل عدم السرقة

ومن أصحابنا من قال القول **قول الغاصب** لانه غارم والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة

فإن قال المغصوب منه كان كاتبا فقيمته ألف وقال الغاصب لم يكن كاتبا فقيمته مائة فالقول **قول الغاصب** لان الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة

فإن قال المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول **قول الغاصب** لان الأصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لانه أنقص من حقه

فصل وإن غصبه خمرا وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان علي فالقول **قول الغاصب** لان الأصل براءة ذمته ولان الأصل أنه باق على كونه خمرا

فصل وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب فادعى المغصوب منه أنها له وادعى الغاصب أنها له فالقول **قول الغاصب** لان العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم

كتاب الشفعة وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولان الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر

فصل وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة إلا في ربعة أو حائط وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذه وإن كره تركه ولانه يراد للتأبيد فهو كالأرض فإن بيع منفردا لم تثبت فيه الشفعة لانه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة

واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض

فمنهم من قال تثبت فيه الشفعة لانه فرع تابع لاصل ثابت

ومنهم من قال لا شفعة

". (١)

"إمساكه على نفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره (لنفسه) فضمنه كالغاصب

وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لانه يملك التصرف في برجه فلا يضمن (به) ما فيه

فصل إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب فقال المغصوب منه هو باق وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لانه يتعذر إقامة البينة على التلف

وهل يلزمه البدل فيه وجهان أحدهما لا يلزمه لان المغصوب منه لا يدعيه

والثاني يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبدا فأبق

فصل وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته فقال الغاصب قيمته عشرة وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب لان الأصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه

فصل وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة وقال المغصوب منه لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لان الأصل عدم السرقة

ومن أصحابنا من قال القول قول الغاصب لانه غارم والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة

فإن قال المغصوب منه كان كاتبا فقيمته ألف وقال الغاصب لم يكن كاتبا فقيمته مائة فالقول قول الغاصب لان الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة

فإن قال المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول قول الغاصب لان الأصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لانه أنقص من حقه

فصل وإن غصبه خمرا وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان علي فالقول قول الغاصب لان الأصل براءة ذمته ولان الأصل أنه باق على كونه خمرا

فصل وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب فادعى المغصوب منه أنها له وادعى الغاصب أنها له فالقول قول الغاصب لان العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم

---

(١) المهذب، ١/٣٧٦

كتاب الشفعة وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولان الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر

فصل وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة إلا في ربعة أو حائط وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذه وإن كرهه تركه ولانه يراد للتأبيد فهو كالأرض فإن بيع منفردا لم تثبت فيه الشفعة لانه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة

واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض

فمنهم من قال تثبت فيه الشفعة لانه فرع تابع لاصل ثابت

ومنهم من قال لا شفعة

---

(١) ".

"

إن كان الغاصب هو الذي عيبه في شغله غرم وإن هرب العبد فوجهان وهو تردد في أن علائق الغصب هل تنقطع في الحال بالضمان

ولو عاد العبد فهل للغاصب حبس العبد إلي أن يرد إليه القيمة

قال القاضي له ذلك و أسند إلي نص الشافعي رضي الله عنه في غير المختصر و كذلك قال المشتري إذا اشترى شراء فاسدا يحبس المبيع إلي أن يرد عليه الثمن و فيما ذكره احتمال ظاهر

الثانية إذا تنازعا في تلف المغصوب قال بعض الأصحاب القول فول المالك إذ الأصل عدم التلف

وقال المحققون بل القول **قول الغاصب** فإنه ربما صدق فتخليد الحبس عليه أبدا غير ممكن فإن حلف الغاصب على التلف فقد قيل لا يطالب المالك الغاصب بالقيمة لأن العين قائمة بزعمه فلا يستحق القيمة و الأصح أن له ذلك إذا تعذر بسبب الحلف الرجوع

أما إذا تنازعا في مقدار القيمة فالقول **قول الغاصب** قطعا لأن الأصل براءة الذمة

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣٧٦/١

". (١)

"

فإن أقام المالك شهودا على الصفات دون القيمة لم يجز للمقومين الاعتماد على الوصف في التقويم لأن المشاهدة هي المعرفة للقيمة

نعم لو أبعد الغاصب في التقليل فيطالب بأن يترقى إلى أقل درجة محتملة هذه الصفات وإن قال كل واحد منهما لا ندري القيمة فلا تسمع دعوى المالك ما لم يعين ولا يمين على الغاصب ما لم يكين وإن قال الغاصب هو مائة فأقام المالك شاهدا أنه فوق المائة ولم يعينوا قبلت الشهادة في وجوب الزيادة على المائة وقيل أنه لا تقبل

الثالثة إذا تنازعا في عيب في أصل الخلقة

فالقول **قول الغاصب** إذ الأصل عدم السلامة وقيل لا بل الظاهر هو السلامة ولو اختلفا في صنعة العبد فالقول **قول الغاصب**

وقيل بل القول قول المالك لأنه أعرف بالصنعة وهو ضعيف

الرابعة إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد المغصوب فالقول **قول الغاصب** لأن العبد وما عليه في يده فإذا قال هو لي لم تزل يده إلا ببينة

". (٢)

"وللآخر نصفه فأعتق اثنان نصيبهما معا وسرى فقيمة محل السراية توزع على عدد رءوسهما أو على قدر ملكيهما فيه قولان كما في الشفعة وقيل يقطع هاهنا بالتوزيع على عدد الرءوس لأنه إهلاك فيشبه الجراحات وهو ضعيف لأن الجراحة لا يتقدر أثرها بقدر غورها حتى يقال بأن أربع جراحات أثر كل واحدة ربع السراية وها هنا السبب مقدر تحقيقا

المسألة الثالثة إذا حكمنا بتأخير السراية فالقيمة بأي يوم تعتبر فيه ثلاثة أوجه

أحدها يوم الإعتاق إذ هو سبب الزوال

---

(١) الوسيط، ٣/٣٩٩

(٢) الوسيط، ٣/٤٠٠

والثاني بيوم الأداء إذ عنده فوات الملك

والثالث يجب أقصى القيمة بين الإعتاق والأداء وهو الأصح كما يجب أقصى القيمة بين الجراحة والموت

فرع إذا اختلفا في قدر قيمة العبد وقد مات وتعذر معرفته فالقول **قول الغارم** لأن الأصل براءة ذمته وفيه قول آخر ضعيف أن القول قول الطالب إذ يبعد أن ينقل ملكه بقول غيره أما إذا ادعى الغارم نقصان القيمة بسبب نقيصة طارئة فالأصل عدم النقص والأصل براءة الذمة فيخرج على قولي تقابل الأصلين وليس معنى تقابل الأصلين استحالة الترجيح بل يطلب الترجيح من مدرك آخر سوى استصحاب الأصول فإن تعذر فليس إلا التوقف أما تخير المفتي بين متناقضين فلا وجه له

---

(١) ".

"الشيخ الرملي في هذه بأن النابت من بذرهما لهما وعليهما الأجرة وهذا بخلاف ما لو غصب بذرا وزرعه في أرضه فإنه يكون لمالكه وعلى الغاصب أرش النقص .

انتهى ا هـ كلام سم .

ا هـ ع ش بحذف (قوله ، وإن اختلفا قيمة إلخ) عبارة المغني فإن كان أحدهما أردأ أجبر صاحبه على قبول المختلط ؛ لأن بعضه عين حقه وبعضه خير منه لا صاحب الأجود لا يجبر على ذلك فإن أخذ منه قدر حقه فلا شيء له لعدم التعدي ، وإلا بيع المختلط وقسم الثمن إلخ .

ا هـ (قوله أن يفرز إلخ) أي من المخلوط بغير الأردأ (قوله كما مر) أي آنفا في شرح فالمذهب أنه كالتالف إلخ (قوله : وإن أبى) إلى قول المتن ، ولو غصب في النهاية إلا قوله ومنع تصرف إلى بخلاف ما (قوله ؛ لأن الحق) إلى التنبيه في المغني (قوله صار كالهالك) أي فيرد مثله ؛ لأنه مثلي .

ا هـ ع ش (قوله مطلقا) أي رضي المالك أم لا .

ا هـ ع ش (قوله أو بأردأ) لو اختلفا فقال المالك : خلط بأردأ والغاصب بمثله أو أجود ولم يمكن إثبات الحال من المصدق .

ا هـ سم أقول في ع ش عن الزيادي أن القول **قول الغاصب** في القدر .

ا هـ وقياسه تصديق الغاصب هنا أي في الصفة فليراجع (قوله إن رضي) فله أخذه ولا أرش له وكان مسامحا

---

(١) الوسيط، ٤٦٧/٧

ببعض حقه مغني ومنهج (قوله بسبب إلخ) وهو الخلط بلا إمكان التمييز (قوله يقتضي إلخ) يمكن منع ذلك .

ا هـ سم (قوله مع تمكين إلخ) متعلق بتعذر (قوله جعل إلخ) جواب لما (قوله وذلك) أي السبب المذكور (قوله : فلو ملك الكل لم يلزمه." (١)

" أو ثلاثة أعبد أو عبد وأمة وحمار لأن كل واحد من هذا يقع عليه اسم شيء اختلفت أو اتفقت فسواء ولو قال غصبتك ولم يزد على ذلك أو غصبتك ما تعلم لم ألزمه بهذا شيئا لأنه قد يغصبه نفسه فيدخله المسجد أو البيت لغير مكروه ويغصبه فيمنعه بيته فلا ألزمه حتى يقول غصبتك شيئا ولو قال غصبتك شيئا فقال عنيت نفسك لم أقبل منه لأنه إذا قال غصبتك شيئا فإنما ظاهره غصبت منك شيئا ولو قال غصبتك وغصبتك مرارا كثيرة لم ألزمه شيئا لأنه قد يغصبه نفسه كما وصفت قال ولو سئل فقال لم أغصبه شيئا ولا نفسه لم ألزمه شيئا لأنه لم يقر بأنه غصبه شيئا - * الإقرار بغصب شيء ثم يدعى الغاصب - * (قال الشافعي) رحمه الله تعالى وإذا أقر الرجل أنه غصب الرجل أرضا ذات غراس (((غرس))) أو غير ذات غرس أو دارا ذات بناء أو غير ذات بناء أو بيتا فكل هذا أرض والأرض لا تحول وإن كان البناء والغراس قد يحول فإن قال ا المقر بالغصب بعد قطعه الكلام أو معه إنما أقررت بشيء غصبتك ببلد كذا فسواء القول قوله وأي شيء دفعه إليه بذلك البلد مما يقع عليه اسم ما أقر له به فليس له عليه غيره وإذا ادعى المقر له سواه أحلف الغاصب ما غصبه غير هذا والقول قوله فإن مات الغاصب فالقول قول ورثته فإن قالوا لا نعلم شيئا قيل للمغصوب ادع ما شئت من هذه الصفة في هذا البلد فإذا ادعى قيل للورثة احلفوا ما تعلمونه هو فإن حلفوا برئوا وإلا لزمهم أن يعطوه بعض ما يقع عليه اسم ما أقر به الغاصب فإن نكلوا حلف المغصوب واستحق ما ادعى وإن أبى المغصوب أن يحلف ولا الورثة وقف مال الميت حتى يعطيه الورثة أقل ما يقع عليه اسم ما وصفت أنه أقر أنه غصبه ويحلفون ما يعلمونه غصبه غيره ولا يسلم لهم ميراثه إلا بما وصفت ولو كان الغاصب قال غصبته دارا بمكة ثم قال أقررت له بباطل وما أعرف الدار التي غصبته إياها قيل إن أعطيته دارا بمكة م ا كانت الدار وحلفت ما غصبته غيرها برئت وإن امتنعت وادعى دارا بعينها قيل احلف ما غصبته إياها فإن حلفت برئت وإن لم تحلف حلف فاستحقها وإذا امتنع وامتنعت من اليمين حبست أبدا حتى تعطيه دارا وتحلف ما غصبته غيرها (قال الشافعي) وإذا أقر أنه غصبه متاعا يحول مثل عبد أو دابة أو ثوب أو طعام أو ذهب أو فضة فقال غصبتك كذا ببلد كذا بكلام

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٧٤/٢٣

موصول وكذبه المغصوب وقال ما غصبتنيه بهذا البلد فالقول **قول الغاصب** لأنه لم يقر له بالغصب إلا بالبلد الذي سمى فإن كان الذي أقر أنه غصبه منه دنانير أو دراهم أو ذهبا أو فضة أخذ بأن يدفعها إليه مكانه لأنه لا مؤنة لحمله عليه وكذلك لو أسلفه دنانير أو دراهم أو باعه إياها ببلد أخذ بها حيث طلبه بها (قال الشافعي) وكذلك فص ياقوت أو زبرجد أو لؤلؤ أقر أنه غصبه إياه ببلد يؤخذ به حيث قام به فإن لم يقدر عليه فقيمته وإن كان الذي أقر أنه غصبه إياه ببلد عبدا أو ثيابا أو متاعا لحمله مؤنة أو حيوانا أو رقيقا أو غيره فلحمل هذا ومشابهه مؤنة جبر المغصوب أن يوكل من يقتضيه بذلك البلد فإن مات قبض قيمته بذلك البلد أو يأخذ منه قيمته بالبلد الذي أقر أنه غصبه إياه بذلك البلد الذي يحاكمه به ولا أكلفه لو كان طعاما أن يعطيه مثله بذلك البلد لتفاوت الطعام إلا أن يتراضيا معا فأجيز بينهما ما تراضيا عليه (قال الشافعي) ومثل هذا الثياب وغيرها مما لحمله مؤنة قال ومثل هذا العبد يغصبه إياه بالبلد ثم يقول المغتصب قد أبق العبد أو فات يقضي عليه بقيمته ولا يجعل شيء من هذا دينا عليه وإذا قضيت له بقيمة الفائت منه عبدا كان أو طعاما أو غيره لم يحل للغاصب أن يتملك منه شيئا وكان عليه أن يحضره سيده الذي غصبه منه فإذا أحضره سيده الذي غصبه منه جبرت سيده على قبضه منه ورد الثمن عليه فإن لم يكن عند سيده ثمنه قلت له بعه إياه بيعا جديدا بما له عليك إن رضيتما حتى يحل له ملكه فإن لم يفعل بعت العبد على سيده وأعطيت المغتصب مثل ما أخذ منه فإن كان فيه فضل رددت على سيده وإن لم

" وحلفت للآخر فهو للذي أقررت له به ولا تباعه للآخر عليك وإن لم تقر لم تجبر على أكثر من أن تحلف بالله ما تدري من أيهما غصبته ثم يخرج من يديك فيوقف لهما (((لها))) ويجعلان خصما فيه فإن أقاما معا عليه بينة لم يكن لواحد منهما دون الآخر لأن إحدى البينتين تكذب الأخرى وكان بحاله قبل أن تقوم عليه بينة ويحلف كل واحد منهما لصاحبه أن هذا العبد له غصبه إياه فإن حلفا فهو موقوف أبدا حتى يصطلحا فيه فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان للحالف وإن أقام أحدهما عليه بينة دون الآخر جعلته للذي أقام عليه البينة ولا تباعة على الغاصب في شيء مما وصفت ولو قال رجل غصبت هذا الرجل بعينه هذا العبد أو هذه الأمة فادعى الرجل أنه غصبه إياهما معا قيل للمقر أحلف أنك لم تغصبه أيهما شئت وسلم له الآخر فإن قال أحلف ما غصبته واحدا منهما لم يكن ذلك له وقيل أحدهما له بإقرارك

---

(١) الأم – دار المعرفة، ٢٤٢/٣

فاحلف على أيهما شئت فإن أبى قيل للمدعى احلف على أيهما شئت فإن حلف فهو له وإن قال أحلف عليهما معا قيل للمدعى عليه إن حلفت وإلا أحلفنا المدعى فسلمناهما له معا فإن فاتا في يده أو أحدهما فالحكم كهو لو كانا حيين إلا أنا إذا ألزمناه أحدهما ضمناه قيمته بالفوت فإن أبيا معا يحلفا وسأل المغصوب أن يوقفا له وقفا حتى يقر الغاصب بأحدهما ويحلف قال وإن أقر الغاصب بأحدهما للمغصوب فادعى المغصوب أنه حدث بالعبد عنده عيب فالقول **قول الغاصب** مع يمينه إن كان ذلك مما يشبه أن يكون عند المغصوب - * العارية - * (أخبرنا الربيع) قال أخبرنا الشافعي قال العارية كلها مضمونة الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شيء منها فمن استعار شيئا فتلف في يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة فما كان منها مضمونا مثل الغصب وما أشبهه فسواء ما ظهر منها هلاكه وما خفي فهو مضمون على الغصب والمستسلف جنيا فيه أو لم يجنيا أو غير مضمونة مثل الوديعة فسواء ما ظهر هلاكه وما خفي فالقول فيها قول المستودع مع يمينه

---

(١) ".

" وقبضه منه ثم أقر البائع لرجل آخر أنه عبده غصبه منه أو أمته غصبها منه قلنا للمقر له بالغصب إن أقمت بينة على الغصب دفعنا إليك أيهما أقمت عليه البينة ونقضنا البيع وإن لم تقم بينة فإقرار البائع لك إثبات حق لك على نفسه وإبطال حق لغيرك قد ثبت عليه قبل إقراره لك ولا يصدق في إبطال حق غيره ويصدق على نفسه فيضمن لك قيمة ايهما أقر بأنه غصبكه (((غصبه))) إلا أن يجد المشتري العيب أو يكون له خيار فيرده بخياره في العيب وخياره في الشرط فإذا رده كان على المقر أن يسلمه إليك وإن صدقه المشتري أنه غاصب رده ورجع عليه بالثمن الذي أخذه منه إن شاء (قال الشافعي) وإذا اغتصب الرجل من الرجل عبدا فباعه من رجل ثم ملك المغتصب البائع ذلك العبد بميراث أو هبة أو بشراء صحيح أو وجه ملك ما كان ثم أراد نقض البيع الأول لأنه باع ما لا يملك فإن صدقه المشتري أو قامت بينة فالبيع منتقض أراده أو لم يرده لأنه باع ما لا يجوز له بيعه وإن لم تقم بينة وقال المشتري إنما ادعيت ما يفسد البيع فالقول قول المشتري مع يمينه فإن قال البائع بعتك ما أملك ثم قامت بينة أنه اغتصبه ثم ملكه ولم يصدقه المشتري ثبت البيع من قبل أن البينة إنما تشهد في هذا الوقت للبائع لا عليه فتشهد له بما يرجع به العبد إلى ملكه فيكون مشهودا له لا عليه وقد أكذبهم فلا ينتقض البيع في الحكم لإكذابه بينته وينبغي

---

(١) الأم - دار المعرفة، ٢٤٤/٣

في الورع أن يجددا بيعا أو يرده المشتري قال وإن كانت البينة شهدت فكان ذلك يخرجه من أيديهما جميعا قبلت البينة لأنها عليه قال وإن باعه وقبضه المشتري ثم أعتقه فقامت بينة بغصب وكان المغصوب أو ورثته قياما رد العتق لأن البيع كان فاسدا ويرد إلى المغصوب ولو لم تكن بينة وصدق الغاصب والمشتري المدعى أنه غصبه لم يقبل قول واحد منهما في العتق ومضى العتق ورددنا المغصوب على الغاصب بقيمة العبد في أكثر م| كان قيمة وإن أحب رددناه على المشتري المعتق فإن رددناه على المشتري المعتق رجع على الغاصب البائع بما أخذ منه لأنه قد أقر أنه باع ما لا يملك والولاء موقوف من قبل أن المعتق يقر أنه أعتق ما لا يملك قال وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية فباعها من رجل والمشتري يعلم أنها مغصوبة ثم جاء المغصوب فأراد إجازة البيع لم يكن البيع جائزا من قبل أن أصل البيع كان محرما فلا يكون لأحد إجازة المحرم ويكون له تجديد بيع حلال هو غير الحرام فإن قال قائل أرأيت لو أن أمرا باع جارية له وشرط لنفسه (((نفسه))) فيها الخيار أما كان يجوز البيع ويكون له أن يختار إمضاءه فيلزم المشتري بأن له الخيار دون البائع قيل بلى فإن قال فما فرق بينهما قيل هذه باعها مالكها بيعا حلالا وكان له الخيار على شرطه وكان المشتري غير عاص لله ولا البائع والغاصب والمشتري وهو يعلم أنها مغصوبة عاصيان لله وهذا بائع ما ليس له وهذا مشتر ما لا يحل له فلا يقاس الحرام على الحلال لأنه ضده ألا ترى أن الرجل المشتري من رب الجارية جاريته لو شرط المشتري الخيار لنفسه كان له الخيار كما يكون للبائع إذا شرطه أفيكون للمشتري (((لمشتري))) الجارية المغصوبة الخيار في أخذها أو ردها فإن قال لا قيل ولو شرط الغاصب الخيار لنفسه فإن قال لا من قبل أن الذي شرط له الخيار لا يملك الجارية قيل ولكن الذي يملكها لو شرط له الخيار جاز فإن قال نعم قيل له أفلا ترى أنهما مختلفان في كل شيء فكيف يقاس أحد المختلفين في كل شيء على الآخر قال وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية فاقر الغاصب بأنه غصبه جارية وقال ثمنها عشرة وقال المغصوب ثمنها مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ولا تقوم على الصفة من قبل أن التقويم على الصفة لا يضبط قد تكون الجاريتان بصفة ولون وسن وبينهما كثير في القيمة بشيء يكون في الروح والعقل واللسان

". (١)

---

(١) الأم – دار المعرفة، ٢٥٢/٣

" فلا يضبط إلا بالمعاينة فيقال لرب الجارية إن رضيت وإلا فإن أقام بينة أخذ له ببينته وإن لم يقمها أحلف له الغاصب وكان القول قوله ولو أقام عليه شاهدين بأنه غصبه جارية فهلكت الجارية في يديه ولم يثبت الشاهدان على قيمتها كان القول في قيمتها **قول الغاصب** مع يمينه ولو وصفها الشاهدان بصفة أنها كانت صحيحة علم أن قيمتها أكثر مما قال الغاصب كان القول **قول الغاصب** لأنه قد يمكن أن يكون ثم داء أو غائلة تخفى يصير بها ثمنها إلى ما قال الغاصب فإذا أمكن ما قال الغاصب بحال كان القول قوله مع يمينه وهكذا قول من يغرم شيئا من الدنيا بأي وجه ما دخل عليه الغرم إذا أمكن أن يكون القول قوله كان القول قوله ولا يؤخذ منه خلاف ما اقر به إلا ببينة ألا ترى أنا نجعل في الأكثر من الدعوى عليه القول قوله فلو قال رجل غصبني أو لي عليه دين أو عنده وديعة كان القول قوله مع يمينه ولم نلزمه شيئا لم يقر به فإذا أعطيناه هذا في الأكثر كان الأقل أولى أن نعطيه إياه فيه ولا تجوز القيمة على ما لا يرى وذلك أنا ندرك ما وصفت من علم أن الجاريتين تكونان في صفة وإحداهما أكثر ثمنا من الأخرى بشيء غير بعيد فلا تكون القيم إلا على ما عوين أولا ترى أن فيما عوين لا نولي القيمة فيه إلا أهل العلم به في يومه الذي يقومونه فيه ولا تجوز لهم القيمة حتى يكشفوا عن الغائلة والأدواء ثم يقيسوه بغيره ثم يكون أكثر ما عندهم في ذلك تأخى قدر القيمة على قدر ما يرى من سعر يومه فإذا كان هذا هكذا لم يجز التقويم على المغيب فإن قال صفته كذا ولا أعرف قيمته قلنا لرب الثوب ادع في قيمته ما شئت فإذا فعل قلنا للغاصب قد ادعى ما تسمع فإن عرفته فأده إليه بلا يمين وإن لم تعرفه فأقر بما شئت نحلفك عليه وتدفعه إليه فإن قال لا أحلف قلنا فرد اليمين عليه فيحلف عليك ويستحق ما ادعى إن ثبت على الامتناع من اليمين فإن حلف بعد أن بين هذا له فقد جاء بما عليه وإن امتنع أحلفنا المدعى ثم ألزمناه جميع ما حلف عليه فإن أراد اليمين بعد يمين المدعى لم نعطه إياها فإن جاء ببينة على أقل مما حلف عليه المدعى أعطيناه بالبينة وكانت البينة أولى من اليمين الفاجرة قال وإذا غصب رجل من رجل طعاما حبا أو تمرا أو أدما فاستهلكه فعليه مثله إن كان يوجد له مثل بحال من الحال وإن لم يوجد له مثل فعليه قيمته أكثر ما كان قيمة قط قال وإذا غصب رجل لرجل أصلا فأثمر أو غنما فتوالدت وأصاب من صوفها وألبانها كان لرب الأصل والغنم وكل ماشية أن يأخذ ماشيته وأصله من الغاصب إن كان بحاله حين غصبه أو خيرا وإن نقص أخذه والنقصان ورجع عليه بجميع ما أتلف من الثمرة فأخذ منه مثلها إن كان لها مثل أو القيمة إن لم يكن لها مثل وقيمة ما أتلف من نتاج الماشية ومثل ما أخذ من لبنها أو قيمته إن لم يكن له مثل ومثل ما أخذ من صوفها وشعرها إن كان له مثل وإلا قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن كان أعلفها أو هنأها وهي جرب أو استأجر

عليها من حفظها أو سقي الأصل فلا شيء له في ذلك (قال الشافعي) وأصل ما يحدث الغاصب فيما اغتصب شيئان أحدهما عين موجودة تميز وعين موجودة لا تميز والثاني أثر لا عين موجودة فأما الأثر الذي ليس بعين موجودة فمثل ما وصفنا من الماشية يغصبها صغارا والرقيق يغصبهم صغارا بهم مرض فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتى يأتي صاحبهم وقد أنفق عليهم أضعاف أثمانهم وإنما ماله في أثر عليهم لا عين ألا ترى أن النفقة في الدواب والأعبد إنما هو شيء صلح به الجسد لا شيء قائم بعينه مع الجسد وإنما هو أثر وكذلك الثوب يغسله ويكمده وكذلك الطين يغصبه فيبله بالماء ثم يضربه لبنا فإنما هذا كله أثر ليس بعين من ماله وجد فلا شيء له فيه لأنه ليس بعين تتميز فيعطاه ولا عين تزيد في قيمته ولا هو موجود كالصبغ في الثوب فيكون شريكا له والعين الموجودة التي لا تتميز أن يغصب الرجل الثوب الذي

". (١)

" قوله كما لو أقر بصفات فيما غصبه تقتضي النفاسة كقوله مورد الخدين أكحل العينين

قوله واعترض بأن ما ذكر هنا إلخ قال في الخادم وهذا عجيب لأن تلك فيما إذا شهد أنه غصب منه عبدا بصفة كذا ثم تلف العبد فشهادتهما بالصفة لم تكن لأجل التقويم عينا بل للرد أو قيمة الحيلولة

ومسألتنا فيما إذا تلف ثم شهدا لتقويم القيمة وإنما غرمه هناك القيمة على تلك الصفة لثبوت تلك الصفة ابتداء وقد جمع صاحب الاستقصاء بين الصورتين هنا فقال فإن أقام بينة بأنها كانت تركية بنت عشر سنين ونحو ذلك من صفاتها لم يقوم بالصفة لأن الجاريتين قد تتفقان في الصفات التي تذكرها الشهود وتختلفان في القيمة لكون إحداهما أخف روحا وأكمل عقلا وأحلى لسانا وأبش

ثم قال بعد ورقة ولو أقام شاهدين شهدا أنه غصب منه جارية صفتها كذا قضى له بشهادتهما لأن الذي شهدا به معلوم في الجملة ويرجع إلى الشاهدين في قيمة الجارية فإن ذكرا قيمتها لزمته فإن ماتا فالقول **قول الغاصب** بيمينه في قدر قيمتها فإنه غارم إلا أن يذكر ما لا يحتمل مثل أن يقول قيمتها درهم فلا يقبل ويرجع إلى صاحبها

ا هـ

قوله أو قال شهود المالك إلخ لو أقام المالك بينة بقيمته قبل الغصب لم تسمع على الصحيح لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب

---

(١) الأم – دار المعرفة، ٢٥٣/٣

قوله وإن أقر بغصب دار بالكوفة أو بجارية إلخ لو أحضر الغاصب للمالك ثوبا وقال هذا هو الذي غصبته منك وقال المالك بل غيره قال البلقيني فالمعتمد عندي جعل المغصوب كالتالف وإلزام الغاصب بالقيمة فإذا قال المالك غصبت مني ثوبا قيمته عشرة دراهم وقال الغاصب هو هذا الثوب وقيمته خمسة فإلزام الغاصب بخمسة للمالك قال شيخنا يحرر كلامه فعندي فيه وقفة هذا والأوجه أنه مقر له بثوب وهو ينكره فيبقى في يده ولا شيء للمالك ويرد كلامه قول المصنف ولو قال المالك للغاصب وقد غصب منه طعاما إلخ مع أنهما اتفقا على الغصب كاتبه قوله ولو قال المالك طعامي جديد وقال الغاصب بل عتيق صدق الغاصب بيمينه قال شيخنا ولا شيء للمالك

قوله وخرج بالمشتري البائع فلا يقبل اعترافه على المشتري إلخ لو أراد البائع إقامة البينة على الغصب فإن كان حين البيع اعترف بالملك لم تسمع وإن لم يوجد إلا لفظ البيع سمعت

". (١)

" أحدها أن يهب له عينا متميزة عن ماله فلا يجبر على قبولها بلا خلاف الثاني أن يهب له منفعة متعلقة بماله فيجبر على قبولها كأن أصدق زوجته رقيقا فسمن أو تعلم صنعة ثم طلقها قبل الدخول فرضيت بتسليم نصفه له زائدا فإنه يجبر على قبوله

الثالث أن يهب له عينا متصلة بماله مثل الصبغ في الثوب المصبوغ والغراس في الأرض المغصوبة ففي القبول وجهان وما ذكره في الضرب الأول محله إذا خلا عن غرض شرعي للمتهب وإلا فيجب القبول قوله ثم شركتهما فيما ذكر ليست على الإشاعة إلخ نبه عليه السبكي وأوضحه الإسنوي وقال إنه حاصل كلام البندنيجي والماوردي والغزالي وغيرهم كما حكاه في المطلب وارتضاه قال ومن فوائده لو زادت قيمة أحدهما فاز به صاحبه ويؤيده قولهم هل لأحدهما الانفراد ببيع نصيبه فيه وجهان الأصح لا قال ابن العماد لو بقي كل على ما كان عليه لامتنع بيع الثوب جملة واحدة بثمن واحد وهو باطل

تنبيه لو اختلفا في الصبغ المصبوغ به فادعاه الغاصب وأنكره المالك قال الماوردي والروياني إن كان يمكن فصله فالقول قول الغاصب وإن كان لا يمكن فالقول قول المغصوب منه ولو اختلف المستأجر على صبغ الثوب وصاحب الثوب كذلك فإن كان الصباغ أجيرا منفردا فالمصدق رب الثوب وإن كان أجيرا مشتركا فالمصدق الصباغ والفرق أن اليد في الأجير المنفرد لرب الثوب وفي الأجير المشترك للأجير قوله

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢/٣٤٩

غصب ثوبا قيمته عشرة وصبغه بصبغ له إلخ لو اتجر الغاصب بالمغصوب أو بمال الغير في يده وديعة أو رهنا أو سوما أو عارية بغير إذن المالك فإن باع أو اشترى بعينه بطل ولا يملك العوض وإذا تسلم وفات غرم المثل أو القيمة وما حصل من الربح إن أمكن رده إلى صاحب كل عقد رده وإلا

". (١)

" التلخيص وإنما حكي الجواز احتمالا لبعضهم قال شيخنا يمكن حمل الجواز على ما إذا كانت المنفعة بها تنقص مع بقائه والمنع على خلافه كا

فصل

قوله لو وقف المشتري الشقص إلخ حكم جعله مسجدا حكم الوقف صرح به ابن الصباغ ويستفاد منه جواز وقف حصة من دار مسجدا وبه أفتى ابن الصلاح وأنه لا فرق بين وقف التحرير وغيره من ريع الوقف وقبل نقضه للموقوف عليه

قوله فللشفيع نقض الوقف ونحوه إلخ علم مما ذكر أن تصرف المشتري في الشقص صحيح لأنه واقع في ملكه وإن كان غير لازم فكان كتصرف الولد فيما وهبه له أبوه وكتصرف المرأة في الصداق وقبل الدخول

قوله وإجارة للشفيع الخيار بين إمضاء الإجارة وفسخها فإن أمضاها فالأجرة للمشتري قاله الماوردي وليست في الرافعي قوله ويصدق في قدر الثمن إلخ قال الزركشي ينبغي أن يقيد تصديقه بما إذا لم يدع ما يكذبه الحس فلو ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي دينارا لم يصدق وإنما لم يتحالفا كالمتبايعين لأن كلا من المتبايعين مدع ومباشر للعقد وهاهنا المشتري المدعي والشفيع لم يباشر

قوله لأنه أعلم بما باشره ولأن الملك له فلا يزال إلا بما يقر به وشمل كلامه ما إذا وقع الاختلاف المذكور بعد أخذ الشفيع قوله ولأن الأصل عدم ما ادعاه الشفيع كل منهما علة مستقلة

قوله لأنه يشهد على فعله إن شهد لأحدهما أي وفعله مقصود بخلاف فعل المرضعة

قوله وإن اختلف البائع والمشتري في الثمن لزم الشفيع ما ادعاه المشتري قال الشيخ أبو حامد وإنما لم يجعل القول قول الشفيع في قدر الثمن وإن كان غارما لأن القول قول الغارم في حالة التلف لأنه يغرم ولا يملك بالغرامة مالا وليس كذلك في مسألتنا لأنه إنما يبذل بدلا يملك به شقصا لغيره فأما إذا كان ينزع

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٥٧/٢

ملك غيره ببدل يبذله فلا يكون القول قوله في قدر ذلك البدل ولهذا لم يجعلوا القول قول المشتري في الثمن عند الاختلاف مع البائع فيه لأنه ينزع الملك من البائع والضابط لهذه الصور أنا ننظر في مدعي المقدار في الثمن أو القيمة فإن وجدناه أجنبيا عن العقد كالشفيع فالقول قول خصمه جزما وإن لم يكن أجنبيا عن ذلك فإما أن يكون المدعي يريد بدعواه إزالة ملك خصمه عما هو في ملكه أو لا إن كان الأول ولم يعارضه تلف تحت يد المدعي فالقول قول من يريد إزالة ملكه كما سبق وإن عارضه تلف تحت يد المدعي من غير أن يكون غارما جرى القولان وإن كان غارما فلا يجري القولان ويجيء وجه ضعيف حتى في صورة الإقالة وهذا كله إذا لم يكن هناك عقد قائم فإن كان جاء التحالف في الإقالة على وجه ضعيف وإن لم يكن هناك إزالة ملك خصمه فالقول **قول الغارم** كالمغصوب والعواري

قوله وإن ثبت خلافه شمل ما لو ثبت بيمين البائع المردودة لأنه وجد من المشتري أمران أحدهما إقرار صريح بأن الثمن هو الناقص والآخر إقرار تقديري بأن الثمن هو الزائد فعملنا بإقراره الصريح في حق الشفيع وبالتقديري في حق البائع قوله لعدم التهمة وهو مقر بالقدر الزائد للمشتري وهو ينكره

". (١)

" رأس المال إلخ) لكن يكره . قوله : (والذرع في المذروع إلخ) هذا مع قوله السابق المثلي يقتضي أن المذروع يكون مثليا أي وليس كذلك ، كما سيأتي في الغصب أن المثلي ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه . قوله : (لأنه قد يتلف إلخ) فإن قلت فإذا فرعنا على الأول وعرض مثل هذا كيف الحال قلت القول **قول الغارم** وهو المسلم إليه ثم محل القولين إذا تفرقا قبل العلم بالقدر وإلا فيصح جزما كما سيأتي في كلام الشارح . قوله : (بالقدر) يرجع إلى قول المتن قدره في الأظهر وقوله : والقيمة يرجع إلى قوله عن معرفة قيمته . قول المتن : (كون المسلم فيه دينا) أي لأن لفظ السلم والسلف موضوع لذلك ثم المراد بالشرط ما لا بد منه لأن كونه دينا دخل في الحقيقة فليس خارجها كي يسمى شرطا . قول المتن : (ولا ينعقد بيعا في الأظهر) لو قال : بعتك هذا سلما اشترط التعيين والتسليم وإن جعلناه بيعا لم يجب التسليم واشترط التعيين لئلا يؤدي إلى بيع الدين بالدين . قول المتن : (انعقد بيعا) لو زاد المشتري مع هذا الذي صدر منه لفظ سلما انعقد سلما قاله الرافعي رحمه الله . كذا نقل عنه الإسنوي ونازعه الأذرعي . وقال أنه لم ير ذلك في الرافعي . قوله : (اعتبارا بالمعنى) أي وأما اللفظ فلا يعارضه لأن كل سلم بيع

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٧٣/٢

." (١)

"وخرج بخلط إلى آخر ما في الشرح قال ع ش قوله م ر أو انصب قد يخالفه قوله قبل أو اختلط عنده حيث جعله ثم كالتالف وهنا مشتركا ويجاب بأن ما مر من قوله بغيره المراد به من مال الغاصب وما هنا من مال غيره فلا تناقض هذا والاولى أن يقال ما سبق من قوله أو اختلط عنده مصور بما إذا أمكن تمييز المخلوط لما يأتي في قوله م ر وخرج بخلط اه ولا يخفى أن جوابه الاول صريح فيما قدمنا عند قول الشارح أو اختلط عنده من أن اختلاط المغصوب بنفسه بمال الغاصب كخلطه في كونه كالتالف وقال الرشيدي قوله م ر لانتفاء التعدي قاصر على ما إذا اختلط بنفسه وكلام البلقيني وغيره إنما هو في خصوص ما إذا خلطهما بغير رضا مالكيهما كما يعلم بمراجعة شرح الروض وأيضا فقوله برضا مالكيه وقوله أو انصب بنفسه ليس من صور المغصوب بالخصوص كما يعلم من شرح الروض أيضا على أن هاتين المسألتين كرر إحد اهما في قوله الآتي وخرج بخلط أو اختلط عنده من غير تعد إلخ اه وهذا بقطع النظر عن قوله بالخصوص وجعل الشارح كالنهاية الاختلاط عند الغاصب مقابلا للاختلاط بلا تعد في كل منهما دلالة عى ما قدمناه أيضا قوله: (فيشترك) إلى قوله للربا في المغني إلا قوله نظير إلى ولا تجوز قوله: (مالكهما بحسبهما إلخ) فلو تنازعا في قدر السائل أو قيمته صدق صاحب البر الذي سأل إليه غيره لان اليد له فلو اختلطا ولم تعلم يد لاحدهما كأن سال كل منهما إلى الآخر وقف الامر إلى الصلح.

فرع: سئل سم عمن بذر في أرض بذرا وبذر بعده آخر على بذره فأجاب بأن الثاني إن عد مستوليا على الارض ببذره أي كأن كان أقوى من الاول أو كان بذره أكثر من بذره ملك بذر الاول ولزمه له أي للاول بدل بذره لانه إذا استولى على الارض كان غاصبا لها ولما فيها وإن لم يعد الثاني مستوليا على الارض ببذره لم يملك بذر الاول وكان الزرع بينهما بحسب بذرهما وعبارة العباب فرع من بث بذره على بذر غيره من جنسه ونوعه وأثار الارض انقطع حق الاول وغرم له الثاني مثله وأما لو اختلف الجنس كأن بذر الاول حنطة مثلا والآخر باقلاء فلا يكون بذر الاول كالتالف انتهى وقد أفتى الشيخ الرملي في هذه بأن النابت من بذرهما لهما وعليهما الاجرة وهذا بخلاف ما لو غصب بذرا وزرعه في أرضه فإنه يكون لمالكه وعلى الغاصب أرش النقص انتهى اه كلام سم اه ع ش بحذف قوله: (وإن اختلفا قيمة إلخ) عبارة المغني فإن كان أحدهما أردأ أجبر صاحبه على قبول المختلط لان بعضه عين حقه وبعضه خير منه لا صاحب

(١) حاشية عميرة، ٣٠٦/٢

الاجود لا يجبر على ذلك فإن أخذ منه قدر حقه فلا شئ له لعدم التعدي وإلا بيع المختلط وقسم الثمن إلخ اه.

قوله: (أن يفرز إلخ) أي من المخلوط بغير الاردأ قوله: (كما مر) أي آنفا في شرح فالمذهب أنه كالتالف إلخ قوله: (وإن أبى) إلى قول المتن ولو غصب في النهاية إلا قوله ومنع تصرف إلى بخلاف ما قوله: (لان الحق) إلى التنبيه في المغني قوله: (صار كالهالك) أي فيرد مثله لانه مثلي اه ع ش قوله: (مطلقا) أي رضي المالك أم لا اه ع ش قوله: (أو بأردأ) لو اختلفا فقال المالك خلط بأردأ والغاصب بمثله أو أجود ولم يمكن إثبات الحال من المصدق اه سم أقول في ع ش عن الزيادي أن القول قول الغاصب في القدر اه وقياسه تصديق الغاصب هنا أي في الصفة فليراجع قوله: (إن رضي) فله أخذه ولا أرش له وكان مسامحا ببعض حقه مغني ومنهج قوله: (بسبب إلخ) وهو الخلط بلا إمكان التمييز.

قوله: (يقتضي إلخ) يمكن منع ذلك اه سم قوله: (مع تمكين إلخ) متعلق بتعذر قوله: (جعل إلخ) جواب لما قوله: (وذلك) في السبب المذكور قوله: (فلو ملك الكل لم يلزمه رد شئ) في هذه الملازمة كالآتية خفاء اه سم أقول لا خفاء إذ الذي شغل ذمة الغاصب للمالك وأوجب عليه الفور إنما هو تعديه كما قرر الشارح م ر كالشهاب بن حجر والتعدي مفقود في المالك فلو قلنا بملكه للجميع لم يكن لرجوع الغاصب عليه موجب كما لا يخفى لان العين صارت مملوكة له وذمته غير." (١)

" فصل : فإذا ثبت ما وصفنا واختلفا في المغصوب اختلاف الغاصب والمغصوب منه في قيمة المغصوب أو تلفه أو مثله .

فهو على ثلاثة أضرب : أحدها : أن يختلفا في قيمته .

والثاني : أن يختلفا في تلفه .

والثالث : أن يختلفا في مثله .

فأما الضرب الأول وهو اختلافهما في قيمته ، فعلى ضربين : أحدهما : أن يكون اختلافهما في القيمة مع اتفاقهما في الصفة ، فيقول المغصوب منه الجزء السابع (٢) قيمته عندي ألف ويقول الغاصب قيمته عندي مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه في قدر قيمته لأمرين : أحدهما : إنكاره الزيادة ، والقول في الشرع قول المنكر دون المدعي .

---

(١) حواشي الشرواني، ٦/٤٦

(٢) ١٧٧

والثاني : أنه غارم ، والقول في الأصول **قول الغارم** ، فإن قيل فكلا المعنيين يفسد بالشفيع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن فالقول قول المشتري في قدره دون الشفيع ، والشفيع منكر وغارم .

فالجواب عنه من وجهين : أحدهما : أن المشتري مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ، ولا يغرم إلا بقوله .

والثاني : أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله كما أن الغاصب فاعل الغصب فكان القول فيه قوله فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

". (١)

" فصل : والضرب الثاني أن يكون اختلافهما في القيمة لاختلافهما في الصفة اختلاف الغاصب والمغصوب منه في قيمة المغصوب لاختلافهما في الصفة .

فهو على ضربين : أحدهما : أن تكون صفة زيادة .

والثاني : أن تكون صفة نقص .

فأما صفة الزيادة فهي دعوى المغصوب منه .

وصورتها أن يقول المغصوب منه قيمة عبدي ألف ؛ لأنه كاتب ، أو صانع **ويقول الغاصب** : قيمته مائة ؛ لأنه ليس بكاتب ولا صانع ، فالقول **قول الغاصب** مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الجزء السابع [٢] الغرم ، والإنكار .

وأما صفة النقص فهي دعوى الغاصب ، وصورتها أن **يقول الغاصب** قيمة العبد الذي غصبته منك مائة ؛ لأنه سارق ، أو آبق ويقول المغصوب منه قيمته ألف ؛ لأنه ليس بسارق ، ولا آبق ففيه وجهان لاختلاف المعنيين : أحدهما : أن القول **قول الغاصب** مع يمينه تعليلا بعرفه .

والثاني : أن القول قول المغصوب منه مع يمينه تعليل بإنكاره .

". (٣)

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤١٦/٧

(٢) ١٧٨

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤١٨/٧

" فصل : وأما الضرب الثاني في الآجال .

وهو اختلافهما في تلفه اختلاف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب .

فصورته أن يقول المغصوب منه عبد باق في يدك **ويقول الغاصب** قد تلف فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ثم فيه وجهان : أحدهما : أنه لا شيء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفه ؛ لأنه لا يدعي القيمة .

وقد حلف الغاصب على تلف العين .

والوجه الثاني : أن عليه القيمة للمغصوب منه ؛ لأنه وإن كان منكرا للتلف فيمين الغاصب مانعة من القدرة عليه فصار كالآبق يلزم الغاصب قيمته مع بقاء عينه .

". (١)

" فصل : وأما الضرب الثالث : وهو اختلافهما في مثله ، اختلاف الغاصب والمغصوب منه في مثلية الشيء المغصوب .

فعلى ثلاثة أضرب : أحدها : أن يختلفا في صفات المثل .

كقول المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا **فيقول الغاصب** بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول **قول الغاصب** مع يمينه تعليلا بالمعنيين في الإنكار ، والغرم ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك ؛ لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه .

والضرب الثاني : أن يختلفا في أصل المثل كقول المغصوب منه لما غصبتنيه مثل **وقول الغاصب** ليس له مثل فلا اعتبار لاختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام فإن حكموا له بمثل طولب به وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه .

والضرب الثالث : أن يختلفا في وجود المثل كقول المغصوب منه المثل موجود .

ويقول الغاصب بل المثل معدوم فيكشف الحاكم عن وجوده ويقطع تنازعهما فيه ، فإن وجده لزم الغاصب دفع المثل رخيصا كان أو غاليا ، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يتعجل أخذ القيمة وبين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة ثم وجد المثل بعد ذلك ، فلا حق له فيه ، وقد استقر ملكه على

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤١٩/٧

ما أخذ من قيمته بخلاف الآبق إذا أخذت قيمته ثم وجد .

والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت." (١)

"عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه وقيمة ذي المثل أخذت مع العلم بالقدرة عليه من بعد ، فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه ، وإن خير الجزء السابع (٢) إلى وجود المثل ثم رجع مطالبا بالقيمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف المسلم في الشيء إلى مدة ينقطع فيها فرضي المسلم بالصبر إلى وجوده ، فلا يكون له الرجوع قبله ، والفرق بينهما أن تعذر وجود السلم عيب فإذا ارتضى به لزمه ذلك بالعقد ، وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

فصل : وإذا كان على العبد المغصوب ثياب ، أو حلي ، بعد غصبه ، فادعاها المغصوب منه ؛ لأنها في يد عبده ، وقال الغاصب بل هي لي فالقول فيها **قول الغاصب** مع يمينه ؛ لأن العبد ، وما عليه في يد الغاصب .

مستوى مسألة لو كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه

". (٣)

" فصل : وإن خلطه بأجود منه ، إن غصب زيتا فخلطه بأجود منه فإذا بذل له الغاصب مكيلة زيته منه أجبر على أخذه ، ولم يكن له العدول إلى غيره لوجود العين المغصوبة فيه مع الزيادة في الجودة ، وإن عدل به الغاصب إلى مثل مكيلة زيته من غيره فإن رضي بذلك المغصوب منه جاز ، وإن لم يرض به وطالب بحقه من نفس ما اختلط به ففيه وجهان : أحدهما : وهو قول جمهور أصحابنا ومنصوص الشافعي - رضي الله عنه - في الغصب أن القول **قول الغاصب** في العدول إلى مثل مكيلة زيته من غيره ؛ لأن فيه زيادة لا تتميز فلم يلزم الغاصب بذلها ، وكان المثل أحق ليزول به الضرر عن الفريقين .

والوجه الثاني : وهو قول بعض المتقدمين من أصحابنا أنه يضرب بثمن زيته في الزيت المختلط على ما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في الفلس .

مثاله : أن يكون قد غصبه صاعا من زيت قيمته خمسة دراهم فخلطه بصاع قيمته عشرة دراهم فيباع

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٤٢٠

(٢) ١٧٩

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٤٢١

الصاعين ، فإن كان قيمتها خمسة عشر درهما فليس فيه زيادة ولا نقص ، فيأخذ المغصوب خمسة دراهم هي ثمن صاعه ويأخذ الغاصب عشرة دراهم هي ثمن صاعه ، وإن كان الثمن عشرين درهما قسمت بينهم أثلاثا بقدر ثمن الصاعين لتكون." (١)

" فصل : وإذا خلطه بأردأ منه ، مثل أن يغصب منه صاعا يساوي عشرة دراهم فيخلطه بصاع يساوي خمسة دراهم فلا يخلو حال الغاصب ، والمغصوب من أربعة أحوال : أحدها : أن يتفقا على مكيلة زيته من هذا المختلط فيجوز ويصير المغصوب منه مسامحا بجودة زيته .

والحالة الثانية : أن يتفقا على مثل مكيلة زيته من غيره فيجوز ، وقد استوفى الحق من غير محاباة .

والحالة الثالثة : أن يبذل له الغاصب مثل مكيلة زيته من غيره ، ويدعو المغصوب منه إلى أخذه من المختلط بزيته .

ففيه وجهان كما لو اختلط بمثل زيته .

أحدهما : أن القول قول الغاصب لاستهلاك زيته بالاختلاط وله العدول به إلى المثل من غيره .

والوجه الثاني : أن القول قول المغصوب منه لوجود عين ماله فيه ، فعلى هذا إن رضي أن يأخذ منه مثل مكيلته جاز وكان مسامحا بالجودة ، وإن طلب أن يكون شريكا فيه بقيمة زيته ، فعلى وجهين : أحدهما : لا يجاب إلى ذلك للقدرة على المثل .

والثاني : يجاب إليه ويكون شريكا فيه بالثلثين قسط عشرة من خمسة عشرة إن قاسم عليه وأخذ ثلثي الصاعين وذلك صاع وثلثه على صفعته هاهنا وإن اقتضاه التعليل جاز .

والحالة الرابعة : أن يطلب المغصوب منه." (٢)

"مصبوغا عند أخذه من الغاصب إذا كانت السوق فيها على الحال المعتبرة في تقويمها على الغاصب لم تزد ، ولم تنقص فإن زادت السوق لم تعتبر الزيادة لدخول الضرر بها على المغصوب منه وإن نقصت السوق لم يعتبر النقصان لدخول الضرر به على الغاصب فإذا قوم مصبوغا على ما وصفنا فإن كانت قيمته عشرين درهما فصاعدا أخذه المغصوب منه بزيادته الجزء السابع (٣) التي لا حق للغاصب فيها ، وإن كانت قيمته أقل من عشرين درهما رجع على الغاصب بعد أخذه بقدر نقصه فلو قال الغاصب : أذنت لي في

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٤٤٠

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٤٤٢

(٣) ١٩٧

صبغه وأنكر المغصوب منه فالقول قول المغصوب منه مع يمينه ويرجع على الغاصب بقدر النقص فلو قال : أذنت لك ثم رجعت في الإذن قبل صبغك .

وقال الغاصب : بل كنت إلى حين الصبغ على إذنك ففيه وجهان ذكرناهما في الرهن : أحدهما : أن القول قول المغصوب منه .

والثاني : القول قول الغاصب .

فأما إن اختلفا في الصبغ فقال المغصوب منه هو لي وقال الغاصب بل هو لي .

فإن كان الصبغ مما يمكن استخراجه فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه لأجل يده وإن كان مما لا يمكن استخراجه فالقول فيه قول المغصوب منه مع يمينه ؛ لأنه قد صار مستهلكا في الثوب فجرى مجرى أجزائه .

". (١)

"إياه لم يخل حاله من أن يكون قد علم بأنه مغصوب ، أو لم يعلم بأنه مغصوب لم يرجع بغرمه على الغاصب ؛ لأنه قد صار بعلمه كالغاصب وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه على الغاصب بما يغرمه قولان : أحدهما : أنه يرجع به على الغاصب ؛ لأنه غار له في إيجاب الغرم .

والقول الثاني : أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب فإن كان الموهوب له عالما بأنه مغصوب رجع على الغاصب عليه بما غرم وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان : أحدهما : لا يرجع به ؛ لأنه غار وهذا على القول الذي يقول : إن الموهوب له يرجع على الغاصب الغار .

والقول الثاني : إنه يرجع على الموهوب له بالغرم ؛ لأنه متلف وهذا على القول الذي يقول : إن الموهوب له لا يرجع ؛ لأنه متلف .

فلو اختلف الغاصب ، والموهوب له في علمه بكون الطعام مغصوبا فادعى الغاصب علمه ليكون مضمونا عليه ، وأنكر الموهوب له العلم نظر فإن قال له الغاصب : أعلمتك عند الهبة أنه مغصوب فالقول قول الغاصب وإن قال علمت من غيري فالقول قول الموهوب له ، والفرق بينهما." (٢)

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٦٥/٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٩٠/٧

" فصل : فإن حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام :
أحدها : أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه .
والقسم الثاني : أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب .
القسم الثالث : أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب .
فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب ويطالب المغصوب منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه ، والتزام مؤنته ؛ لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه .

والقسم الثاني : وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده ، ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه ، فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول **قول الغاصب** ، ولا يجبر على بذل القيمة ؛ لأن العبد المغصوب مقدور عليه ، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا ، فإذا أخذ القيمة ملكها ملكا مستقرا ، وملك الغاصب العبد ملكا مراعى لتملكه بعد القدرة عليه إن شاء ، أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء ؛ لأن الإجبار." (١)

" فصل : وإذا غصب خمرا فصار في يده خلا صار حينئذ مضمونا عليه لكونه خلا ذا قيمة فلو اختلفا بعد تلفه فقال المالك صار خلا فعليك ضمانه وقال الغاصب بل تلف في يدي وهو خمر على حاله فالقول **قول الغاصب** مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمته فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمرا ضمنه مع بقاء عينه ؛ لأنه بمصيره خمرا قد صار تالفا فلو عاد ثانية فصار خلا رده على المغصوب منه وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين : أحدهما : لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه .
والوجه الثاني : عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط بما لم يحدث في ملكه وهذان الوجهان من نقص المرض إذا عاد .

". (٢)

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٥١٤

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧/٥٣٧

" مسألة : قال الشافعي ، رضي الله عنه : " وإذا اختلفا في قيمة العبد عتق العبد المشترك ففيها قولان ، أحدهما : أن القول قول المعتق ، والثاني : أن القول قول رب النصيب لا يخرج ملكه منه إلا بما يرضى (قال المزني) قد قطع الشافعي في موضع آخر بأن القول **قول الغارم** وهذا أولى بقوله وأقيس على أصله على ما شرحت من أحد قوليه لأنه يقول في قيمة ما أتلف أن القول **قول الغارم** ولأن السيد مدع للزيادة البينة والغارم منكر فعليه اليمين " .

الجزء الثامن عشر (١) قال الماوردي : قد ذكرنا أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق عتق العبد المشترك على الأقاويل كلها ، ولا اعتبار بما حدث بعده من نقصان ؛ لأن عتقه متردد بين أن يكون إتلافا ، أو سببا ، لإتلاف وكل واحد منهما موجب لاعتبار القيمة عند حدوثه ، كالجناية على العبد إذا كانت قتلا ، أو سببا أفضى إلى القتل ، وتعتبر قيمته قتل عتق بعضه ؛ لأن عتق البعض موكس لقيمته ، وهذا الوكس بعتقه الجاري مجرى جنايته ، فأما ما حدث بعد العتق من زيادة في قيمة الحصة فمحمول على الأقاويل الثلاثة في نفوذ عتقها فإن قيل إنها عتقت بلفظ المعتق ، لم يضمنها المعتق ، وكذلك إن قيل بالثاني إن." (٢)

"بعد الصحة ، أو بالزمانة بعد السلامة ، ففي اختلافها في القيمة قولان : الجزء الثامن عشر (٣) أحدهما : أن القول فيها قول المعتق مع يمينه ، إذا قيل إن عتقه قد يسري إلى حصة الشريك بلفظه ؛ لأنه يصير غارما .

والقول في الغرم **قول الغارم** .

والقول الثاني : أن القول فيها قول الشريك مع يمينه ، إذا قيل ببقاء ملكه ، إلى أن يأخذ قيمة حصته ؛ لأن له عليها يدا لا تنتزع مع عدم البينة ، إلا بقوله كالثمن في الشفعة ، إذا اختلف فيه الشفيع والمشتري كان القول فيه قول المشتري .

وقال الربيع في كتاب " الأم " ، وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي ؛ لأن تحالف المتبايعين موجب لارتفاع العقد فأفاد وتحالف هذين غير موجب لرفع العتق ، فلم يفد وهما بعد التحالف عليها باقيان على الاختلاف فيها .

---

(١) ٢٨

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٨/٦٠

(٣) ٢٩

وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره ، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع .
والله أعلم .

مستوى مسألة لو قال هو خباز وقال الغارم ليس كذلك فالقول **قول الغارم**
". (١)

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو قال هو خباز وقال الغارم ليس كذلك الإختلاف في إعتبار قيمة العبد المشترك فالقول **قول الغارم** " .

قال الماوردي : وصورتها : أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعي الشريك أن العبد كان صانعا خبازا ، أو نجارا ، أو كاتبا فله القيمة الزائدة بصنعته ، ويقول المحقق هو غير صانع فلك القيمة من غير زيادة بصنعته ، فللعبد حالتان : حي وميت .
فإن كان ميتا فقد قال الشافعي : القول قول المعتق الغارم فاختلف أصحابنا فيه على طريقين .
إحداهما : أنه على قولين ؛ لأنه اختلاف في قدر القيمة ، فكان على القولين الماضيين ، وإنما نص الشافعي على أحدهما .
والطريقة الثانية : أن القول فيه قول المعتق الغارم قولا واحدا لأن الشريك يدعي حدوث صنعة ليست في الخلقة ، والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة ، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعيها ، وإن كان العبد حيا يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك فيها ولا يمين له على المعتق ، ولا تلزمه إلا قيمته غير صانع ، فإن قال الشريك قد كان يحسن الصنعة ، وقت العتق لكنه نسيها بعلة ، فإن كان زمان العتق قريبا ، .
لا تنسى." (٢)

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو قال هو سارق أو آبق ، وقال الذي له الغرم ليس كذلك ، في قيمة العبد المعتق فالقول قوله مع يمينه وهو على البراءة من العيب حتى يعلم (قال المزني) قد قال في الغاصب إن القول قوله أن به داء أو غائلة والقياس على قوله في الحر يجني على يده فيقول

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٣/١٨

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٤/١٨

الجاني ، هي شلاء أن القول قول الغارم " .

قال الماوردي : قد مضى اختلافهما في الصنعة الزائدة ، وهذه المسألة في اختلافها في عيب ينقص من القيمة فيدعي المعتق أنه كان سارقا ، أو آبقا ، فعليه قيمة عبد سارق ، أو آبق ويقول الشريك كان سالما ليس بسارق ، ولا آبق .

قال الشافعي : القول فيه قول الشريك المالك مع يمينه أنه غير سارق ، ولا آبق وله قيمة عبد سليم ، فاختلف أصحابنا فيه على طريقين : أحدهما : أنه على قولين .

والطريق الثاني : أن القول فيه قول المالك ، وإن كان في الزيادة القول فيها قول الغارم فيختلف حكم الزيادة ، والنقصان ، فيكون في الزيادة بالصنعة القول قول منكرها ، وهو الغارم ؛ لأن الأصل عدم الزيادة ، ويكون في النقصان بالعيب القول قول منكرها ، وهو المالك لأن الأصل السلامة من العيب ، فأما الغاصب إذا اختلف مع المالك في." [1]

"قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء ، أو غائلة حكمه فقد حكى المزني عن الشافعي أن القول فيه قول الغاصب ، دون المالك وجعل في ضمان العتق القول فيه الجزء الثامن عشر [2] قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع تساوي الضمانين على وجهين : أحدهما : أن دعوى الغاصب كانت في نقص يعود إلى أصل الخلقة من شلل ، أو خرس يجوز أن يكون خلقة فيه ، وطارئا عليه ، فكان القول فيه قول الغاصب الغارم ، دون المالك ؛ لأن المالك قد يقدر على إقامة البينة ، أنه لم يكن به شلل ولا خرس ، ولو كان مثل ذلك في دعوى المعتق لكان القول فيه قوله دون المالك كالغاصب .

والذي قاله في دعوى المعتق أن القول فيه قول المالك كان في ادعاء نقص طارئ ، ليس من أصل الخلقة ، كالإباق والسرقة ؛ لأنه لم يخلق سارقا ولا آبقا ، فالقول فيه قول المالك دون المعتق ؛ لأنه لا يقدر على إقامة البينة ، أنه ليس بسارق ولا آبق ، ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب ، كان القول فيها قول المالك كالمعتق .

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٨/٦٧

(٢) ٣١

والوجه الثاني : أن القول في الغصب **قول الغاصب** في النقص ، والقول في العتق قول المالك في النقصين ،." (١)

"ص -٥٣-...اشترى ماء، وادعى نجاسته، ليرده فالقول قول البائع لأن الأصل طهارة الماء. ادعت الرجعية امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صدقت ولها النفقة لأن الأصل بقاؤها.

وكل شخصا في شراء جارية، ووصفها فاشترى الوكيل جارية بالصفة، ومات قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل للموكل وطؤها ؛ لاحتمال أنه اشتراها لنفسه. وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات الموكل بها ظاهرا في الحل، ولكن الأصل التحريم، ذكره في الإحياء.

قاعدة: الأصل براءة الذمة.

ولذلك لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد، ما لم يعتضد بآخر، أو يمين المدعي، ولذا أيضا كان القول قول المدعى عليه، لموافقته الأصل.

وفي ذلك فروع:

منها: اختلفا في قيمة المتلف، حيث تجب قيمته على متلفه، كالمستعير، والمستام، والغاصب، والمودع المتعدي فالقول **قول الغارم،** لأن الأصل براءة ذمته مما زاد.

ومنها: توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل، لا يقضى بمجرد نكوله، لأن الأصل براءة ذمته بل تعرض على المدعي.

ومنها: من صيغ القرض: ملكتكه على أن ترد بدله، فلو اختلفا في ذكر البدل، فالقول قول الآخذ ؛ لأن الأصل براءة ذمته.

ومنها: لو قال الجاني: هكذا أوضحت، وقال المجني عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما، صدق الجاني لأن الأصل براءة ذمته.

لطيفة:

قال ابن الصائغ فيما نقلته من خطه: نظير قول الفقهاء "إن الأصل براءة الذمة، فلا يقوى الشاهد على شغلها ما لم يعتضد بسبب آخر "قول النحاة ": الأصل في الأسماء الصرف فلا يقوى سبب واحد على خروجه عن أصله حتى يعتضد بسبب آخر.

قاعدة:

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ١٨/٦٨

أصل ما انبنى عليه الإقرار إعمال اليقين وإطراح الشك وعدم استعمال الغلبة. قال الشافعي: رضي الله عنه: أصل ما انبنى عليه الإقرار أني أعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة.." (١)

"ص -٧٦-...ويشهد له لو قال: إن كنت حاملا فأنت طالق فإذا مضت ثلاثة أقراء من وقت التعليق وقع الطلاق، مع أن الأقراء لا تفيد إلا الظن ولهذا أيد الإمام احتمالا بعدم الوقوع.

الرابعة

يعبر عن الأصل في جميع ما تقدم بالاستصحاب، وهو استصحاب الماضي في الحاضر وأما استصحاب الحاضر في الماضي فهو الاستصحاب المقلوب.

قال الشيخ تقي الدين السبكي: ولم يقل به الأصحاب إلا في مسألة واحدة وهو ما إذا اشترى شيئا فادعاه مدع وانتزعه منه بحجة مطلقة، فإنهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع، بل لو باع المشتري أو وهب، وانتزع من المشتري منه أو الموهوب له كان للمشتري الأول الرجوع أيضا، فهذا استصحاب الحال في الماضي فإن البينة لا تنشئ الملك ولكن تظهره، والملك سابق على إقامتها، لا بد من تقدير زمان لطيف له، ويحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي ولكنهم استصحبوا مقلوبا، وهو عدم الانتقال عنه فيما مضى. قال ابنه تاج الدين: وقيل به أيضا على وجه ضعيف فيما إذا وجدنا ركازا، ولم ندر هل هو جاهلي أو إسلامي أنه يحكم بأنه جاهلي ولو كان المغصوب باقيا، وهو أعور مثلا فقال الغاصب: هكذا غصبته فالقول **قول الغاصب** صرح به الشيخ أبو حامد وغيره فهذا استصحاب مقلوب.

ونظيره لو قال المالك: كان طعامي جديدا، وقال الغاصب عتيقا فالمصدق الغاصب.

القاعدة الثالثة: المشقة: تجلب التيسير

الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ وقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم: "بعثت بالحنيفية السمحة" أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله، ومن حديث أبي أمامة والديلمي، وفي مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها.." (٢)

"ص -٥٠٠-...قاعدة:

كل أمين: من مرتهن، ووكيل، وشريك، ومقارض، وولي محجور، وملتقط لم يتملك، وملتقط لقيط،

---

(١) الأشباه والنظائر، ١/١٠١

(٢) الأشباه والنظائر، ١/١٤٥

ومستأجر، وأجير: وغيرهم، يصدق باليمين في التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سببا أو ذكر سببا خفيا. فإن ذكر سببا ظاهرا غير معروف فلا بد من إثباته، أو عرف عمومه لم يحتج إلى يمين، أو عرف دون عمومه صدق بيمينه.

وكل أمين مصدق في دعوى الرد على من ائتمنه إما جزما، أو على المذهب، إلا المرتهن والمستأجر.

قاعدة:

إذا اختلف الغارم والمغروم له في القيمة، فالقول **قول الغارم**. لأن الأصل براءة ذمته.

قاعدة:

إذا اختلف الدافع والقابض في الجهة. فالقول قول الدافع، إلا في صور:

الأولى: بعث إلى بيت من لا دين عليه شيئا، ثم قال: بعثته بعوض، وأنكر المبعوث إليه فالقول قوله. قاله الرافعي في الصداق.

الثانية: عجل زكاة وتنازع هو والقابض في اشتراط التعجيل صدق القابض. على الأصح.

الثالثة: سأله سائل وقال: إني فقير، فأعطاه، ثم ادعى دفعه قرضا، وأنكر الفقير صدق الفقير. لأن الظاهر معه، بخلاف ما إذا لم يقل إني فقير، فالقول قول الدافع قاله القاضي حسين.

مسائل الدعوى بالمجهول

خمس وثلاثون مسألة.

جمعها قاضي القضاة جلال الدين البلقيني، ونقلها من خطه شيخنا قاضي القضاة علم الدين عنه.

الأولى: دعوى الوصية بالمجهول صحيحة، فإذا ادعى على الوارث أن مورثك أوصى لي بثوب، أو بشيء. سمعت.

الثانية: الإقرار بالمجهول تسمع الدعوى به على المعتبر.

قال الرافعي: ومنهم من تنازع كلامه فيه، وفيما ذكر نظر، فإن الأرجح عنده أنه إذا أقر بمجهول حبس لتفسيره، ولا يحبس إلا مع صحة الدعوى.." (١)

" الأصل في براءة الذمة

قاعدة

الأصل براءة الذمة

---

(١) الأشباه والنظائر، ١٩٤/٢

و لذلك لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعتضد بآخر أو يمين المدعي و لذا أيضا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل و في ذلك فروع :

منها : اختلفا في قيمة المتلف حيث تجب تيمته على متلفه كالمستعير و المستام و الغاصب و المودع المتعدي فالقول **قول الغارم** لأن الأصل براءة ذمته ما زاد

و منها : توجهت اليمين على المدعي عليه فنكل لا يقضي بمجرد نكوله لأن الأصل براءة ذمته بل تعرض عل المدعي

و منها : من صيغ القرض : ملكتكه على أن ترد بدله فلو اختلفا في ذكر البدل فالقول قول الآخذ لأن الأصل براءة ذمته

و منها : لو قال الجاني : هكذا أوضحت و قال المجني عليه بل أوضحت موضحتين و أنا رفعت الحاجز بينهما صدق الجاني لأن الأصل براه ة ذمته

لطيفة

قال ابن الصائغ فيما نقلته من خطه : نظير قول الفقهاء إن الأصل براءة الذمة فلا يقوى الشاهد على شغلها ما لم يعتضد بسبب آخر قول النحاة الأصل في الأسماء الصرف فلا يقوى سبب على خروجه عن أصله حتى يعتضد بسبب آخر

قاعدة

قال الشافعي رضي الله عنه :

أصل ما انبنى عليه الإقرار أني أعمل اليقين و أطرح الشك و لا أستعمل الغلبة

و هذه قاعدة مطردة عند الأصحاب و مرجعها إلى أن الأصل براءة الذمة كقولهم فيما لو أقر أنه وهبه و ملكه لم يكن مقرا بالقبض لأنه ربما اعتقد أن الهبة لا تتوقف عل القبض و أصل الإقرار البناء على اليقين فلو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الإقرار على البيع و هو سبب قوي يمنع الرجوع و على الهبة فلا يمنع الرجوع فأفتى أبو سعيد الهروي بإثبات الرجوع تنزيلا على أقل السببين و أضعف الملكين و أفتى أبو عاصم العبادي بعدمه لأن الأصل بقاء الملك للمقر له و حكى الرافعي عن الماوردي و القاضي أبي الطيب موافقة أبي سعيد ثم قال : و يمكن أن يتوسط فيقال إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضيان

و إن أقر بالملك المطلق فالأمر كما قال العبادي و قال النووي في فتاويه : الأصح المختار قول الهروي و قبول تفسيره بالهبة و رجوعه مطلقا ." (١)

" فوائد نختم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : قال ابن القاضي في التلخيص : لا يزال حكم اليقين بالشك إلا في إحدى عشرة مسألة :

إحداها : شك ماسح الخف هل انقضت المدة أم لا ؟

الثانية : شك هل مسح في الحضر أو في السفر يحكم في المسألتين بانقضاء المدة

الثالثة : إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري : أ مسافر هو أم مقيم ؟ لم يجز القصر

الرابعة : بال حيوان في ماء كثير ثم وجده متغيرا و لم يدر : أتغير بالبول أم بغيره ؟ فهو نجس

الخامسة : المستحاضة المتحيرة يلزمها الغسل عند كل صلاة يشك في انقطاع الدم قبلها

السادسة : من أصابته نجاسة في ثوبه أو بدنه و جهل موضعها يجب غسله كله

السابع : شك مسافر : أوصل بلده أم لا لا يجوز له الترخص

الثامنة : شك مسافر : هل نوى الإقامة أم لا ؟ لا يجوز له الترخص

التاسعة : المستحاضة و سلس البول إذا توضأ ثم شك : هل انقطع حدثه أم لا ؟ فصلى بطهارته لم تصح صلاته

العاشرة : تيمم ثم رأى شيئا لا يدري : أسراب هو أم ماء ؟ بطل تيممه و إن بان سرابا

الحادية عشرة رمى صيدا فجرحه ثم غاب فوجده ميتا و شك هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره لم يحل أكله و كذا لو أرسل عليه كلبا هذا ما ذكره ابن القاضي

و قد نازعه القفال و غيره في استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك و إنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه

لأن الأصل في الأولى و الثانية غسل الرجلين و شرط المسح : بقاء المدة و شككنا فيه فعمل بأصل الغسل

و في الثالثة و السابعة و الثامنة القصر رخصة بشرط فإذا لم يتحقق رجع إلى الأصل و هو الإتمام

و قي الخامسة الأصل وجوب الصلاة فإذا شكت في الانقطاع فصلت بلا غسل لم تتيقن البراءة منها

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/١٢٢

و في السادسة : الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة فلما لم يغسل الجميع لهو شاك في زوال منعه من الصلاة

و في العاشرة : إنما بطل التيمم لأنه توجه الطلب عليه

و في الحادية عشرة في حل الصيد قولان : فإن قلنا لا يحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم و قد شككنا في الإباحة و قد نقل النووي ذلك في شرح المهذب و قال ما قاله فيه نظر و الصواب في أكثر هذه المسائل مع ابن القاضي

قال و قد استثنى إمام الحرمين أيضا الغزالي ما إذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة فإنهم لا يصلون الجمعة و إن كان الأصل بقاء الوقت

قال : و مما يستثنى أن توضأ و شك هل مسح رأسه أم لا و فيه وجهان : الأصح صحة وضوئه و لا يقال الأصل عدم المسح

و مثله لو سلم من صلاته و شك هل صلى ثلاثا أو أربعا ؟ و الأظهر أن صلاته مضت على الصحة

قال : فإن تكتف متكلف و قال : المسألتان داخلتان قي القاعدة فإنه شك هل ترك أو لا و الأصل عدمه فليس بشيء لأن الترك عدم ياق على ما كان عليه و إنما المشكوك فيه الفعل و الأصل عدمه و لم يعمل بالأصل

قال : و أما إذا سلم من صلاته فرأى عليه نجاسة و احتمل وقوعها في الصلاة و حدوثها بعدها فلا تلزمه إعادة الصلاة بل مضت على الصحة فيحتمل أن يقال : الأصل عدم النجاسة فلا يحتاج إلى استثنائها لدخولها في القاعدة و يحتمل أن يقال : تحقق النجاسة و شك في انعقاد الصلاة و الأصل عدمه بقاؤها في الذمة فيحتاج إلى استثنائها انتهى كلام النووي

و زاد ابن السبكي في نظائره صورا أخرى

منها إذا جاء من قدام الإمام و اقتدى به و شك هل هو متقدم عليه ؟ فالصحيح في التحقق و شرح المهذب أنه تصح صلاته

فهذا ترك أصل من غير معارض و لذلك رجح ابن الرفعة مقابله : أنه لا يصح عملا بالأصل السالم عن المعارض و لو كان جاء من خلف الإمام صحت قطعا لأن الأصل عدم تقديمه

و في نظير هذه المسألة :

لو صلى و شك هل تقدم على الإمام بالتكبير أولا لا تصح صلاته و فرق بأن الصحة في التقديم أكثر وقوعا فإنها تصح في صورتين : التأخير و المساواة و تبطل بالمقارنة و التقدم و تصح في صورة واحدة و هي التأخر

و منها من له كفان عاملتان أو غير عاملتين فأيهما مس انتقض وضوءه مع الشك في أنها أصلية أو زائدة و الزائدة لا تنقض و لهذا لو كانت إحداهما عاملة فقط انتقض بها وحدها على الصحيح

و منها : إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينه على الصحيح و إلا لتخلد الحبس عليه إذا كان صادقا و عجز عن البينة و الثاني يصدق المالك لأن الأصل البقاء

و زاد الزركشي في قواعده صور أخرى :

منها : مسألة الهرة فإن الأصل نجاسة فمها فترك لاحتمال ولوغها في ماء كثير و هو شك

و منها : من رأى منيا في ثوبه أو فراشه الذي لا ينام فيه غيره و لم يذكر احتلاما لزمه الغسل في الأصح مع أن الأصل عدمه

و منها : من شك بعد صوم يوم من الكفارة هل نوى ؟ لم يؤثر على الصحيح مع أن الأصل عدم النية

و منها : من عليه فائتة شك في قضائها لا يلزمه مع أن الأصل بقاؤها ذكره الشيخ عز الدين في مختصر النهاية

الفائدة الثانية

قال الشيخ أبو حامد الإسفرايني : الشك على ثلاثة أضرب : شك طرأ على أصل حرام

و شك طرأ على أصل مباح

و شك لا يعرف أصله

فالأول : مثل أن يجد شاة في بلد فيها مسلمون و مجوس فلا نحذ حتى يعلم أنها زكاة مسلم لأنها أصلها حرام و شككنا في الزكاة المبيحة فلو كان الغالب فيها المسلمون جاز الأكل عملا بالغالب المفيد للظهور

و الثاني : أن يجد ماء متغيرا و احتمل تغيره بنجاسة أو بطول المكث يجوز التطهر به عملا بالغائب عملا بأصل الطهارة

و الثالث : مثل معاملة من أكثر ماله حرام و لم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام فلا تحرم مبايعته لإمكان الحلال و عدم تحقق التحريم و لكن يكره خوفا من الوقوع في الحرام انتهى

الفائدة الثالثة

قال النووي : أعلم أن مراد أصحابنا بالشك في الماء و الحدث و النجاسة و الصلاة و العتق و الطلاق و غيرها : هو التردد بين وجود الشيء و عدمه سواء كان الطرفان في التردد سواء أو أحدهما راجحا فهدا معناه في استعمال الفقهاء و كتب الفقه

أما أصحاب الأصول : فإنهم فرقوا بين ذلك و قالوا : التردد إن كان على السواء فهو شك و إن كان أحدهما راجحا فالراجح ظن و المرجوح وهم

و وقع للرافعي : أنه فرق بينها في الحدث فقال :

إنه يرفع بظن الطهر لا بالشك فيه و تبعه في الحاوي الصغير و قيل إنه غلط معدود من أفراده قال ابن الرفعة : لم أره لغيره

قال في المهمات : و في الشامل إنما قلنا بنقص الوضء بالنوم مضطجعا لأن الظاهر خروج الحدث فصدق أن يقال : رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث بخلاف عكسه فكأن الرافعي أراد ما ذكره ابن الصباغ فانعكس عليه و لمجلي احتمال فيما إذا ظن الحدث بأسباب عارضة في تخريجه على قولي الأصل و الغالب

قال الزركشي : و ما زعمه النووي من أنه في سائر الأبواب لا فرق فيه بين المساوي و الراجح يرد عليه أنهم فرقوا في مواضع كثيرة

منها : في الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصون في الأربعة كنزول عيسى فمؤول و إن ظن حصوله قبلها فلا و إن شك فوجهان

و منها : شك في المذبوح هل فيه حياة مستقرة حرم للشك في المبيح و إن غلب على ظنه بقاؤها حل

و منها : في الأكل من مال الغير إذا غاب على ظنه الرضى جاز و إن شك فلا

و منها : وجوب ركوب البحر في الحج إذا غلبت السلامة و إن شك فلا

و منها : المرض إذا غلب على ظنه كونه مخوفا نفذ التصرف من الثلث و إن شككنا في كونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة

و منها : قال الرافعي في كتاب الاعتكاف : قولهم لم يقع الطلاق بالشك مسلم لكنه يقع بالظن الغالب انتهى

و يشهد له لو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق فإذا مضت ثلاثة أقراء من وقت التعليق وقع الطلاق مع أن الأقراء لا تفيد إلا الظن و لهذا أيد الإمام احتمالا بعدم الوقوع

الفائدة الرابعة

يعبر عن الأصل في جميع ما تقدم بالاستصحاب و هو استصحاب الماضي في الحاضر و أما استصحاب الحاضر في الماضي فهو الاستصحاب المقلوب

قال الشيخ تقي الدين السبكي : و لم يقل به الأصحاب إلا في مسالة واحدة و هو ما إذا اشترى شيئا فادعاه مدع و انتزعه منه بحجة مطلقة فإنهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع بل لو باع المشتري أو وهب و انتزع من المشتري منه أو الموهوب له كان للمشتري الأول الرجوع أيضا فهذا استصحاب الحال في الماضي فإن البينة لا تنشئ الملك و لكن تظهره و الملك سابق على إقامتها لا بد من تقدير زمان لطيف له و يحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي و لكنهم استصحبوا مقلوبا و هو عدم الانتقال عنه فيما مضى

قال ابنه تاج الدين : و قيل به أيضا على وجه ضعيف فيما إذا وجدنا ركازا و لم ندر هل هو جاهلي أو إسلامي ؟ أنه يحكم بأنه جاهلي و لو كان المغصوب باقيا و هو أعور مثلا فقال الغاصب : هكذا غصبته فالقول **قول الغاصب** صرح به الشيخ أبو حامد و غيره فهذا استصحاب مقلوب

و نظيره لو قال المالك : كان طعامي جديدا و قال الغاصب عتيقا فالمصدق الغاصب ." (١)

" باب الدعوى و البينات

باب الدعوى و البينات

قال الماوردي في الحاوي : الدعوى على ستة أضرب : صحيحة و فاسده

ومجملة و ناقصة و زائدة و كاذبة

فالصحيحة : ما استجمعت فيها شروط الدعوى

والفاسدة : ما اختل منها شرط في المدعي كما إذا ادعى المسلم نكاح

المجوسية أو الحر الموسر نكاح أمة أو في المدعى به كدعوى الميتة و الخمر أو

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/١٥٤

سبب الدعوى كدعوى الكافر شراء المصحف و المسلم و طلب تسليمه و كذلك من ذكر سببا باطلا لاستحقاقه

و المجملة : كقوله : لي عليه شيء و هي الدعوى بالمجهول فلا تسمع إلا في صور ستأتي

و الناقصة : إما لنقص صفة كقوله : لي عليه ألف و لا يبين صفتها أو شرط كدعوى النكاح من غير ذكر و لي و شهود و كلاهما لا تسمع إلا دعوى الممر في ملك الغير أو حق إجراء الماء فلا يشترط تعيين ذلك بحد أو ذرع بل يكفي تحديد الأرض و الدار

و الزائدة : تارة لا تفسد نحو ابتعته في سوق كذا أو على أن أرده بعيب إذا وجد و تارة تفسد نحو : ابتعته على أن يقيلني إذا استقلته

و الكاذبة : هي المستحيلة : كمن ادعى بمكة أنه تزوج فلانة أمس بالبصرة

قاعدة

كل أمين : من مرتهن و وكيل و شريك و مقارض و ولي محجور و ملتقط لم يتملك و ملتقط لقيط و مستأجر و أجير : و غيرهم يصدق باليمين في التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سببا أو ذكر سببا خفيا

فإن ذكر سببا ظاهرا غير معروف فلا بد من إثباته أو عرف عمومه يحتج إلى يمين أو عرف دون عمومه صدق بيمينه

و كل أمين مصدق في دعوى الرد على من ائتمنه إما جزما أو على المذهب إلا المرتهن و المستأجر

قاعدة

إذا اختلف الغارم و المغروم له في القيمة فالقول **قول الغارم** لأن الأصل براءة ذمته

قاعدة

إذا اختلف الدافع و القابض في الجهة فالقول قول الدافع إلا في صور

الأولى : بعث إلى بيت من لا دين عليه شيئا ثم قال : بعثته بعوض و أنكر

المبعوث إليه فالقول قوله قاله الرافعي في الصداق

الثانية : عجل زكاة و تنازع هو و القابض في اشتراط التعجيل صدق القابض على الأصح

الثالثة : سأله سائل و قال : إني فقير فأعطاه ثم ادعى دفعه فرضا و أنكر الفقير صدق الفقير لأن الظاهر معه خلاف ما إذا لم يقل إني فقير فالقول قول الدافع قاله القاضي حسين ." (١)

"[لم ألزمه شيئا لانه قد يغصبه نفسه كما وصفت، قال ولو سئل فقال لم أغصبه شيئا ولا نفسه لم ألزمه شيئا لانه لم يقر بأنه غصبه شيئا.

الاقرار بغصب شئ ثم يدعى الغاصب (قال الشافعي) رحمه الله تعالى: وإذا أقر الرجل أنه غصب الرجل أرضا ذات غراس أو غير ذات غرس أو دارا ذات بناء أو غير ذات بناء أو بيتا فكل هذا أرض والارض لا تحول، وإن كان البناء والغراس قد يحول، فإن قال المقر بالغصب بعد قطعه الكلام أو معه إنما أقررت بشئ غصبتك ببلد كذا فسواء القول قوله وأى شئ دفعه إليه بذلك البلد مما يقع عليه اسم ما أقر له به، فليس له عليه غيره وإذا ادعى المقر له سواه أحلف الغاصب ما غصبه غير هذا والقول قوله، فإن مات الغاصب فالقول قول ورثته فإن قالوا لا نعلم شيئا قيل للمغصوب ادع ما شئت من هذه الصفة في هذا البلد فإذا ادعى قيل للورثة احلفوا ما تعلمونه هو، فإن حلفوا برئوا وإلا لزمهم أن يعطوه بعض ما يقع عليه اسم ما أقر به الغاصب، فإن نكلوا حلف المغصوب واستحق ما ادعى وإن أبى المغصوب أن يحلف ولا

الورثة وقف مال الميت حتى يعطيه الورثة أقل ما يقع عليه اسم ما وصفت أنه أقر أنه غصبه ويحلفون ما يعلمونه غصبه غيره ولا يسلم لهم ميراثه إلا بما وصفت، ولو كان الغاصب قال غصبته دارا بمكة ثم قال أقررت له بباطل وما أعرف الدار التى غصبته إياها قيل ان أعطيته دارا بمكه ما كانت الدار وحلفت ما غصبته غيرها برئت، وإن امتنعت وادعى دارا بعينها قيل أحلف ما غصبته إياها فإن حلفت برئت وإن لم تحلف حلف فاستحقها، وإذا امتنع وامتنعت من اليمين حبست أبدا حتى تعطيه دارا وتحلف ما غصبته غيرها (قال الشافعي) وإذا أقر أنه غصبه متاعا يحول مثل عبد أو دابة أو ثوب أو طعام أو ذهب أو فضة فقال غصبتك كذا ببلد كذا بكلام موصول وكذبه المغصوب وقال ما غصبتنيه بهذا البلد فالقول **قول الغاصب** لانه لم يقر له بالغصب إلا بالبلد الذى سمى فإن كان الذى أقر أنه غصبه منه دنانير أو دراهم

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، ص/٧٥٨

أو ذهبا أو فضة أخذ بأن يدفعها إليه مكان لانه لا مؤنة لحمله عليه وكذلك لو أسلفه دنانير أو دراهم أو باعه إياها ببلد أخذ بها حيث طلبه بها (قال الشافعي) وكذلك فص ياقوت أو زبر جد أو لؤلؤ أقر أنه غصبه إياه ببلد يؤخذ به حيث قام به فإن لم يقدر عليه فقيمته، وإن كان الذى أقر أنه غصبه إياه ببلد عبدا أو ثيابا أو متاعا لحمله مؤنة أو حيوانا أو رقيقا أو غيره فلحمل هذا ومشابهه مؤنة جبر المغصوب أو يؤكل من يقتضيه بذلك البلد، فإن مات قبض قيمته بذلك البلد أو يأخذ منه قيمته بالبلد الذى أقر أنه غصبه إياه بذلك البلد الذى يحاكمه به ولا أكلفه لو كان طعاما أن يعطيه مثله بذلك البلد لتفاوت الطعام إلا أن يتراضيا معا فأجيز بينهما ما تراضيا عليه (قال الشافعي) ومثل هذا الثياب وغيرها مما لحمله مؤنة، قال ومثل هذا العبد يغصبه إياه بالبلد، ثم يقول المغتصب قد أبق العبد أو فات يقضى عليه بقيمته ولا يجعل شئ من هذا دينا عليه وإذا قضيت له بقيمة الفائت منه عبدا كان أو طعاما أو غيره لم يحل للغاصب أن يتملك منه شيئا وكان عليه أن يحضره سيده الذى غصبه منه، فإذا أحضره سيده الذى غصبه منه جبرت سيده على قبضه منه ورد الثمن عليه فإن لم يكن عند سيده ثمنه قلت له بعه إياه بيعا جديدا بما له عليك إن رضيتما حتى يحل له ملكه فإن لم يفعل بعت العبد على سيده، وأعطيت المغتصب مثل ما أخذ منه فإن كان فيه فضل رددت على سيده وإن لم يكن فيه فضل فلا شئ يرد]." (١)

"[الاقرار بغصب الشئ من أحد هذين الرجلين (قال الشافعي) رحمه الله: وإذا أقر الرجل أنه غصب هذا العبد أو هذا الشئ بعينه من أحد هذين وكلاهما يدعيه ويزعم أن صاحبه الذى ينازعه فيه لم يملك منه شيئا قط وسئل يمين المقر بالغصب قيل له إن أقررت لاحدهما وحلفت للآخر فهو للذى أقررت له به ولاتباعه للآخر عليك وإن لم تقر لم تجبر على أكثر من أن تحلف بالله ما تدرى من أيهما غصبته ثم يخرج من يديك فيوقف لهما ويجعلان خصما فيه فإن أقاما معا عليه بينة لم يكن لواحد منهما دون الآخر لان إحدى البينتين تكذب الاخرى وكان بحاله قبل أن تقوم عليه بينة ويحلف كل واحد منهما لصاحبه أن هذا العبد له غصبه إياه فإن حلفا فهو موقوف أبدا حتى يصطلحا فيه فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان للحالف وإن أقام أحدهما عليه بينة دون الآخر جعلته للذى أقام عليه البينة ولا تباعة على الغصاب في شئ مما وصفت ولو قال رجل غصبت هذا الرجل بعينه هذا العبد أو هذه الامة فادعى الرجل أنه غصبه إياهما معا قيل للمقر احلف أنك لم تغصبه أيهما شئت وسلم له الآخر فإن قال أحلف ما غصبته واحدا منهما لم يكن ذلك له وقيل أحدهما له بإقرارك فاحلف على أيهما شئت فإن أبى قيل للمدعى احلف على أيهما

(١) الأم – دار الفكر، ٢٤٧/٣

شئت فإن حلف فهو

له وإن قال أحلف عليهما معا قيل للمدعى عليه إن حلفت وإلا أحلفنا المدعى فسلمناهما له معا فإن فاتا في يده أو أحدهما فالحكم كهو لو كانا حيين إلا أنا إذا ألزمناه أحدهما ضمناه قيمته بالفوت فأن أبيا معا يحلفا وسأل المغصوب أن يوقفا له وقفا حتى يقر الغاصب بأحدهما ويحلف قال وإن أفر الغاصب بأحدهما للمغصوب فادعى المغصوب أنه حدث بالعبد عنده عيب فالقول **قول الغاصب** مع يمينه إن كان ذلك مما يشبه أن يكون عند المغصوب (١).

] (١) " باب إقرار الورثة أو بعضهم لوارث من النسب أو من قبل الزوجية وإقرار الورثة أو بعضهم بالدين " وليس في التراجم، وفيه نصوص: فمنها في: " باب المواريث من اختلاف العراقيين ".

وإذا أقرت الاخت وهى لاب وأم وقد ورث معها العصبة بأخ لاب فإن أبا حنيفة كان يقول نعطيه نصف ما في يدها لانها أقرت أن المال كله بينهما نصفين فما كان في يدها منه فهو بينهما نصفان وبهذا يأخذ يعنى أبا يوسف وكان ابن أبى ليلى يقول لا نعطيه مما في يدها شيئا لانها أقرت بما في يد العصبة وهو سواء في الورثة كلهم بما قالا جميعا (قال الشافعي) وإذا مات الرجل وترك أخته لابيه وأمه وعصبته فأقرت الاخت بأخ فالقياس أن لا يأخذ شيئا وهكذا كل من أقر به وارث فكان إقراره لا يثبت نسبه، فالقياس أن لا يأخذ شيئا من قبل أنه إنما أقر له بحق عليه في ذلك الحق مثل الذى أقر له به لانه إذا كان وارثا بالنسب كان موروثا به وإذا لم يثبت النسب حتى يكون موروثا به لم يجز أن يكون وارثا به وذلك مثل الرجل يقر أنه باع داره من رجل فجحده المقر له بالبيع لم نعطه الدار وإن كان بائعها قد كان أقر بأنها قد صارت ملكا له وذلك أنه لم يقر أنها كانت ملكا له إلا وهو مملوك عليه بها شئ فلما سقط أن تكون مملوكة عليه سقط الاقرار له ومثل الرجلين يتبايعان العبد فيختلفان في ثمنه وقد تصادقا على أنه قد خرج من ملك المالك إلى ملك المشترى فلما لم يسلم للمشترى ما زعم أنه ملكه به سقط الاقرار فلا يجوز أن يثبت للمقر له بالنسب حق وقد احطنا أنه لم يقر له به من دين ولا وصية اه.." (١)

"] وإن أحب رددناه على المشترى المعتق فإن رددناه على المشترى المعتق رجع على الغاصب البائع بما أخذ منه لانه قد أقر أنه باع ما لا يملك والولاء موقوف من قبل أن المعتق يقر أنه أعتق ما لا يملك قال وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية فباعها من رجل والمشترى يعلم أنها مغصوبة ثم جاء المغصوب فأراد البيع لم يكن البيع جائزا من قبل أن أصل البيع كان محرما فلا يكون لاحد إجازة المحرم ويكون له

---

(١) الأم - دار الفكر، ٢٤٩/٣

تجديد بيع حلال هو غير الحرام فإن قال قائل أرأيت لو ان أمرا باع جارية له وشرط لنفسه فيها الخيار أما كان يجوز البيع ويكون له أن يختار إمضاءه فيلزم المشترى بأن له الخيار دون البائع؟ قيل بلى فإن قال فما فرق بينهما؟ قيل هذه باعها مالكها بيعا حلالا وكان له الخيار على شرطه وكان المشترى غير عاص لله ولا البائع والغاصب والمشترى وهو يعلم أنها مغصوبة عاصيان لله وهذا بائع ما ليس له وهذا مشتر ما لا يحل ره فلا يقاس الحرام على الحلال لانه ضده ألا ترى أن الرجل المشترى من رب الجارية جاريته لو شرط المشترى الخيار لنفسه كان له الخيار كما يكون للبائع إذا شرطه؟ أفيكون للمشترى الجارية المغصوبة الخيار في أخذها أو ردها؟ فإن قال لا قيل ولو شرط الغاصب الخيار لنفسه؟ فإن قال لا من قبل أن الذى شرط له الخيار لا يملك الجارية قيل ولكن الذى يملكها لو شرط له الخيار جاز فإن قال

نعم قيل له أفلا ترى أنهما مختلفان في كل شئ فكيف يقاس أحد المختلفين في كل شئ على الآخر؟ قال وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية فأقر الغاصب بأنه غصبه جارية وقال ثمنها عشرة وقال المغصوب ثمنها مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ولا تقوم على الصفة من قبل أن التقويم على الصفة لا يضبط قد تكون الجاريتان بصفة ولون وسن وبينهما كثير في القيمة بشئ يكون في الروح والعقل واللسان فلا يضبط إلا بالمعاينة فيقال لرب الجارية إن رضيت وإلا فإن أقام بينة فأقام بينة أخذ له ببينته وإن لم يقمها أحلف له الغاصب وكان القول قوله ولو أقام عليه شاهدين بأنه غصبه جارية فهلكت الجارية في يديه ولم يثبت الشاهدان على قيمتها كان القول في قيمتها **قول الغاصب** مع يمينه ولو وصفها الشاهدان بصفة أنها كانت صحيحة علم أن قيمتها أكثر مما قال الغاصب كان القول **قول الغاصب** لانه قد يمكن أن يكون ثم داء أو غائلة تخفى يصير بها ثمنها إلى ما قال الغاصب فإذا أمكن ما قال الغاصب بحال كان القول قوله مع يمينه وهكذا قول من يغرم شيئا من الدنيا بأى وجه ما دخل عليه الغرم إذا أمكن أن يكون القول قوله كان القول قوله ولا يؤخذ منه خلاف ما أقر به إلا ببينة ألا ترى أنا نجعل في الاكثر من الدعوى عليه القول قوله؟ فلو قال رجل غصبني أولى عليه دين أو عنده وديعة كان القول قوله مع يمينه ولم نلزمه شيئا لم يقر به فإذا اعطيناه هذا في الاكثر كان الاقل أولى أن نعطيه إياه فيه ولا تجوز القيمة على ما لا يرى وذلك أنا ندرك ما وصفت من علم أن الجاريتان تكونان في صفة وإحداهما أكثر ثمنا من الاخرى بشئ غير بعيد فلا تكون القيم إلا على ماعوين أو لا ترى ان فيما عوين لا نولي القيمة فيه إلا أهل العلم به في يومه الذى يقومونه فيه؟ ولا تجوز لهم القيمة حتى يكشفوا عن الغائلة والادواء ثم يقيسوه بغيره ثم يكون أكثر ما عندهم في ذلك تآخى قدر القيمة على قدر ما يرى من سعر يومه فإذا كان هذا هكذا لم يجز التقويم على المغيب

فإن قال صفته كذا ولا أعرف قيمته قلنا لرب الثوب ادع في قيمته ما شئت فإذا فعل قلنا للغاصب قد ادعى ما تسمع فإن عرفته فأده إليه بلا يمين وإن لم تعرفه فأقر بما شئت نحلفك عليه وتدفعه إليه فإن قال لا أحلف قلنا فرد اليمين عليه فيحلف عليك ويستحق ما ادعى إن ثبت على الامتناع من اليمين فإن حلف بعد أن بين هذا له فقد جاء بما عليه وإن امتنع أحلفنا المدعى ثم الزمناه جميع ما حلف عليه فإن أراد اليمين بعد يمين المدعى لم نعطه إياها فإن جاء ببينة على]." (١)

"———

ضمن الآكل لم يرجع، وإن قال: هو لي فضمن الغاصب لم يرجع به على الآكل. وإن ضمن الآكل رجع في أحد القولين ولا يرجع في الآخر وهو الأصح. وإن قدمه إليه ولم يقل: هو لي، أو مغصوب فضمن الآكل رجع في أحد القولين دون الآخر. وإن ضمن فإن قلنا: لا يرجع الآكل على الغاصب رجع الغاصب، وإن قلنا: يرجع الآكل لم يرجع. وإن اطعم المغصوب منه وهو يعلم برىء الغاصب، وإن لم يعلم ففيه قولان، أحدهما يبرأ، والثاني لا يبرأ، وإن رهن المغصوب منه من الغاصب لم يبرأ، من الضمان، وإن أودعه إياه فقد قيل: يبرأ، وقيل: لا يبرأ.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ١٦٦

وإن فتح قفصا عن طائر، فوقف ثم طار، لم يضمن، وإن طار عقب الفتح ففيه قولان: أصحهما أنه لا يضمن.

وإن فتح زقا فيه مائع فاندفق ما فيه ضمن، وإن بقي ساعة ثم وقع بالريح فسال ما فيه لم يضمن، وإن كان ما فيه جامدا فذاب بالشمس وخرج ضمن، وقيل: لا يضمن وليس بشيء.

وإن سقى أرضه فأسرف، حتى أهلك أرض غيره، أو أجج نارا على سطحه فأسرف، حتى تعدى على سطح غيره ضمن.

وإن غصب حرا على نفسه لزمه تخليته، وإن استوفى منفعته ضمن الأجرة، وإن حبسه مدة ضمن الأجرة، وقيل: لا يضمن.

وإن غصب كلبا فيه منفعة لزمه رده، وإن غصب خمرا من ذمي وجب ردها عليه، وإن أتلفها لم يضمن. وإن غصبها من مسلم أراق، وإن صارت خلا رده وإن غصب جلد ميتة رده، فإن دبغه، فقد قيل: يرده، وقيل: لا يرد. وإن غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا رده ما نقص من قيمة العصير وقيل: يرد الخل، ويضمن

---

(١) الأم – دار الفكر، ٢٥٨/٣

مثله من العصير، وأرش ما نقص، وليس بشيء.

وإن غصب صليبا أو مزمارا فكسره لم يضمن الارش. وإن اختلفا في رد المغصوب، فالقول قول المغصوب منه. وإن اختلفا في قيمته بعد تلفه، فالقول **قول الغاصب**.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ١٦٦

باب الشفعة

___." (١)

"

قيمته عندي ألف **ويقول الغاصب** قيمته عندي مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه في قدر قيمته لأمرين : أحدهما : إنكاره الزيادة ، والقول في الشرع قول المنكر دون المدعي . والثاني : أنه غارم ، والقول في الأصول **قول الغارم** ، فإن قيل فكلا المعنيين يفسد بالشفيع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن فالقول قول المشتري في قدره دون الشفيع ، والشفيع منكر وغارم . فالجواب عنه من وجهين : أحدهما : أن المشتري مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ، ولا يغرم إلا بقوله . والثاني : أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله كما أن الغاصب فاعل الغصب فكان القول فيه قوله فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

فصل : فإن كان للمغصوب منه بينة على ما ادعاه من القيمة للشيء المغصوب سمعت وهي شاهدان ، أو شاهد وامرأتان ، أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بينة بأن قيمة العبد الـمغصوب ألف وقت الغصب ، أو وقت التلف ، أو فيما بين الغصب ، والتلف حكم بها ؛ لأن الغاصب ضامن لقيمته في هذه الأحوال كلها ، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفا قبل الغصب لم يحكم بها ؛ لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول : إنه يصير لأجل هذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه ؛ لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها . وهذا غير صحيح ؛ لأن ما قبل الغصب غير معتبر ، والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البينة بصفات العبد دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين : أحدهما : أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل . والثاني : أن اختلافهما في القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة في

---

(١) التنبيه في الفقه الشافعي، ص/٢١١

غير ما تداعياه واختلفا فيه .

فصل : والضرب الثاني أن يكون اختلافهما في القيمة ر اختلافهما في الصفة اختلاف الغاصب والمغصوب منه في قيمة المغصوب لاختلافهما في الصفة . فهو على ضربين : أحدهما : أن تكون صفة زيادة . والثاني : أن تكون صفة نقص . فأما صفة الزيادة فهي دعوى المغصوب منه . وصورتها أن يقول المغصوب منه قيمة عبدي ألف ؛ لأنه كاتب ، أو صانع **ويقول الغاصب** : قيمته مائة ؛ لأنه ليس بكاتب ولا صانع ، فالقول **قول الغاصب** مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما
(١) ".

"

الغرم ، والإنكار . وأما صفة النقص فهي دعوى الغاصب ، وصورتها أن **يقول الغاصب** قيمة العبد الذي غصبته منك مائة ؛ لأنه سارق ، أو آبق ويقول المغصوب منه قيمته ألف ؛ لأنه ليس بسارق ، ولا آبق ففيه وجهان لاختلاف المعنيين : أحدهما : أن القول **قول الغاصب** مع يمينه تعليلا بعرفه . والثاني : أن القول قول المغصوب منه مع يمينه تعليلا بإنكاره .

فصل : وأما الضرب الثاني في الآجال . وهو اختلافهما في تلفه اختلاف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب . فصورته أن يقول المغصوب منه عبد باق في يدك **ويقول الغاصب** قد تلف فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ثم فيه وجهان : أحدهما : أنه لا شيء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفه ؛ لأنه لا يدعي القيمة . وقد حلف الغاصب على تلف العين . والوجه الثاني : أن عليه القيمة للمغصوب منه ؛ لأنه وإن كان منكرا للتلف فيمين الغاصب مانعة من القدرة عليه فصار كالآبق ي لزم الغاصب قيمته مع بقاء عينه .

فصل : وأما الضرب الثالث : وهو اختلافهما في مثله ، اختلاف الغاصب والمغصوب منه في مثلية الشيء المغصوب . فعلى ثلاثة أضرب : أحدها : أن يختلفا في صفات المثل . كقول المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا **فيقول الغاصب** بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول **قول الغاصب** مع يمينه تعليلا بالمعنيين في

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٧٧/٧

الإنكار ، والغرم ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك ؛ لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه . والضرب الثاني : أن يختلفا في أصل المثل كقول المغصوب منه لما غصبتنيه مثل **وقول الغاصب** ليس له مثل فلا اعتبار لاختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام فإن حكموا له بمثل طولب به وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه . والضرب الثالث : أن يختلفا في وجود المثل كقول المغصوب منه المثل موجود . **وبقول الغاصب** بل المثل معدوم فيكشف الحاكم عن وجوده ويقطع تنازعهما فيه ، فإن وجده لزم الغاصب دفع المثل رخيصا كان أو غاليا ، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يتعجل أخذ القيمة وبين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة ثم وجد المثل بعد ذلك ، فلا حق له فيه ، وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته بخلاف الآبق إذا أخذت قيمته ثم وجد . والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه وقيمة ذي المثل أخذت مع العلم بالقدرة عليه من بعد ، فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه ، وإن خير

". (١)

"

إلى وجود المثل ثم رجع مطالبا بالقيمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف المسلم في الشيء إلى مدة ينقطع فيها فرضي المسلم بالصبر إلى وجوده ، فلا يكون له الرجوع قبله ، والفرق بينهما أن تعذر وجود السلم عيب فإذا ارتضى به لزمه ذلك بالعقد ، وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

فصل : وإذا كان على العبد المغصوب ثياب ، أو حلي ، بعد غصبه ، فادعاها المغصوب منه ؛ لأنها في يد عبده ، وقال الغاصب بل هي لي فالقول فيها **قول الغاصب** مع يمينه ؛ لأن العبد ، وما عليه في يد الغاصب .

مسألة لو كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه

مسألة : قال الشافعي – رضي الله عنه – : " ولو كان له كيل ، أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه أي المغصوب

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٧٨/٧

" . قال الماوردي : قد ذكرنا أن ما له مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل ، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة . فأما حد ما له مثل فقد قال الشافعي : وما كان له كيل ، أو وزن فعليه مثل كيله ، أو وزنه ، وليس ذلك منه حدا لما له مثل ؛ لأن كل ذي مثل مكيل ، أو موزون له مثل . وإنما ذكر الشافعي – رضي الله عنه – ذلك شرطا في المماثلة عند الغرم ، ولم يجعله حدا لما له مثل ، وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان : تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل كالحبوب ، والأدهان ، فإن كان مكيلا كان الكيل شرطا في مماثلته دون الوزن وإن كان موزونا كان الوزن شرطا في مماثلته دون الكيل ، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان ، والثياب ، أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته .

فصل : فإذا ثبت تحديد ذي المثل بما وصفنا فعدم المثل ، ولم يوجد في المغصوب : كيفية الضمان في هذه الحالة وجب العدول إلى القيمة ؛ لأنها مثل في الشرع لما ليس له مثل ، وكذا يكون . مثلا عند عدم المثل ، ثم في القيمة قولان حكاهما أبو حفص بن الوكيل : أحدهما : يرجع إلى قيمة الأصل المغصوب في أكثر ما كان قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف . والقول الثاني : يرجع إلى قيمة المثل ؛ لأن المثل هو المستحق بالغصب ثم قيمة المثل تختلف باختلاف الأمكنة ، واختلاف الأزمنة فإن للمثمن في كل بلد ثمن ، وفي كل زمان ثمن . فأما المكان الذي يستحق اعتبار القيمة فيه فهو الموضع الذي كان الغصب فيه ؛ لأن المثل لو كان موجودا لاستحق تسليمه في مكان الغصب وكذا قيمته ، وإن كان المثمن مغصوبا بالبصرة ، اعتبرت قيمته بالبصرة وإن كان ببغداد اعتبرت قيمته ببغداد وعندي من وقت التلف إلى وقت العدم وأما زمان القيمة ففيه وجهان : أحدهما : ذكره أبو علي الطبري في إفصاحه ، أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت قيمته من
." (١)

"

أحدها : أن يخلطه بمثله . والثاني : أن يخلطه بأجود منه . والثالث : أن يخلطه بأردأ منه ، فإن خلطه بمثله كان للغاصب أن يعطيه مكيلة زيته منه وليس للمغصوب منه أن يطالبه بمكيلة من غيره ، وإن أراد الغاصب أن يعدل به إلى مثل مكيلة زيته من غيره ففيه وجهان : أحدهما : وهو ظاهر كلام الشافعي –

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٧٩/٧

رضي الله عنه – هاهنا ، أن له ذاك ؛ لأنه قال فخلطه بمثله ، أو خيرا منه ، فإن شاء أعطاه من هذا مكيلة وإن شاء أعطاه مثل زيته ، ووجه ذلك أنه إذا لم يقدر على غير زيته تساوت الأعيان المماثلة له فلم يكن للمغصوب منه أن يتحجز عليه في عين دون عين . والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي ، وأبي علي بن أبي هريرة ، أن عليه أن يعطيه مكيلة زيته من ذلك الزيت المختلط وليس للغاصب أن يعدل به إلى غيره إلا عن رضى منه ، ووجه ذلك أن العين المغصوبة موجودة فيه وليس يدخل على الغاصب ضرر به فكأن المغصوب أحق بما ليس له عين مال فيه ، ويكون كلام الشافعي – رضي الله عنه – راجعا إلى خلطه ، والأجود دون المثل .

فصل : وإن خلطه بأجود منه ، إن غصب زيتا فخلطه بأجود منه فإذا بذل له الغاصب مكيلة زيته منه أجبر على أخذه ، ولم يكن له العدول إلى غيره لوجود العين المغصوبة فيه مع الزيادة في الجودة ، وإن عدل به الغاصب إلى مثل مكيلة زيته من غيره فإن رضي بذلك المغصوب منه جاز ، وإن لم يرض به وطالب بحقه من نفس ما اختلط به ففيه وجهان : أحدهما : وهو قول جمهور أصحابنا ومنصوص الشافعي – رضي الله عنه – في الغصب أن القول **قول الغاصب** في العدول إلى مثل مكيلة زيته من غيره ؛ لأن فيه زيادة لا تتميز فلم يلزم الغاصب بذلها ، وكان المثل أحق ليزول به الضرر عن الفريقين . والوجه الثاني : وهو قول بعض المتقدمين من أصحابنا أنه يضرب بثمن زيته في الزيت المختلط على ما نص عليه الشافعي – رضي الله عنه – في الفلس . مثاله : أن يكون قد غصبه صاعا من زيت قيمته خمسة دراهم فخلطه بصاع قيمته عشرة دراهم فيباع الصاعان ، فإن كان قيمتها خمسة عشر درهما فليس فيه زيادة ولا نقص ، فيأخذ المغصوب خمسة دراهم هي ثمن صاعه ويأخذ الغاصب عشرة دراهم هي ثمن صاعه ، وإن كان الثمن عشرين درهما قسمت بينهم أثلاثا بقدر ثمن الصاعين لتكون الزيادة مقسطة بينهما فيكون للمغصوب ثلث العشرين وللغاصب الثلثان ، وإن كان الثمن أقل من خمسة عشر استوفى المغصوب منه ثمن صاعه

". (١)

"

خمسة دراهم ودخل النقص على الغاصب لضمانه بالتعدي إلا أن يكون النقص لرخص السوق فلا يضمنه ، فعلى هذا الوجه لو قال المغصوب : أنا آخذ من هذا الزيت المختلط زيتا بقيمة ما استحقه وهو ثلث

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٧/١٨٦

الصاعين بخمسة من خمسة عشر ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يجاب إلى هذا لما فيه من الربا ؛ لأنه يصير آخذا لثلثي صاع بدلا من الصاع وهذا قول أبي إسحاق المروزي . والوجه الثاني : يجاب إلى هذا ويعطى من الصاعين ثلثي صاع ؛ لأن المالك لا يجبر على بيع ملكه ، ولا يكون هذا ربا ؛ لأن الربا يجري في البياعات ، ولم يجر بين الغاصب والمغصوب منه في هذا بيع ، وإنما هو تارك بعض المكيلة فيكون مسامحا .

فصل : وإذا خلطه بأردأ منه ، مثل أن يغصب منه صاعا يساوي عشرة دراهم فيخلطه بصاع يساوي خمسة دراهم فلا يخلو حال الغاصب ، والمغصوب من أربعة أحوال : أحدها : أن يتفقا على مكيلة زيته من هذا المختلط فيجوز ويصير المغصوب منه مسامحا بجودة زيته . والحالة الثانية : أن يتفقا على مثل مكيلة زيته من غيره فيجوز ، وقد استوفى الحق من غير محاباة . والحالة الثالثة : أن يبذل له الغاصب مثل مكيلة زيته من غيره ، ويدعو المغصوب منه إلى أخذه من المختلط بزيته . ففيه وجهان كما لو اختلط بمثل زيته . أحدهما : أن القول **قول الغاصب** لاستهلاك زيته بالاختلاط وله العدول به إلى المثل من غيره . والوجه الثاني : أن القول قول المغصوب منه لوجود عين ماله فيه ، فعلى هذا إن رضي أن يأخذ منه مثل مكيلته جاز وكان مسامحا بالجودة ، وإن طلب أن يكون شريكا فيه بقيمة زيته ، فعلى وجهين : أحدهما : لا يجاب إلى ذلك للقدرة على المثل . والثاني : يجاب إليه ويكون شريكا فيه بالثلثين قسط عشرة من خمسة عشرة إن قاسم عليه وأخذ ثلثي الصاعين وذلك صاع وثلثه على صفعته هاهنا وإن اقتضاه التعليل جاز . والحالة الرابعة : أن يطلب المغصوب منه مثل مكيلة زيته من غيره ويدعو الغاصب إلى أخذه من المختلط بزيته ففيه وجهان : أحدهما : أن القول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على دفع مثل المكيلة من غيره .

". (١)

"

التي لا حق للغاصب فيها ، وإن كانت قيمته أقل من عشرين درهما رجع على الغاصب بعد أخذه بقدر نقصه فلو قال الغاصب : أذنت لي في صبغه وأنكر المغصوب منه فالقول قول المغصوب منه مع يمينه ويرجع على الغاصب بقدر النقص فلو قال : أذنت لك ثم رجعت في الإذن قبل صبغك . وقال الغاصب :

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٨٧/٧

بل كنت إلى حين الصبغ على إذنك ففيه وجهان ذكرناهما في الرهن : أحدهما : أن القول قول المغصوب منه . والثاني : القول قول الغاصب . فأما إن اختلفا في الصبغ فقال المغصوب منه هو لي وقال الغاصب بل هو لي . فإن كان الصبغ مما يمكن استخراجه فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه لأجل يده وإن كان مما لا يمكن استخراجه فالقول فيه قول المغصوب منه مع يمينه ؛ لأنه قد صار مستهلكا في الثوب فجرى مجرى أجزائه . فأما صباغ الثوب بالأجر إذا اختلف هو ورب الثوب في الصبغ فقال رب الثوب الصبغ لي وقال الصباغ الصبغ لي من يقبل قوله من ؟ فإن كان الصباغ أجيرا منفردا فالقول قول رب الثوب في الصبغ وإن كان أجيرا مشتركا فالقول قول الصباغ . والفرق بينهما أن اليد في الأجير المنفرد لرب الثوب وفي المشترك للأجير .

فصل قصر الثوب بعد الغصب وغسله

فصل : قصر الثوب بعد الغصب وغسله فلو غصب ثوبا فغسله ، أو قصره رده مغسولا ومقصورا ، ولا شيء له في زيادة الغسل ، والقصارة ولو نقص بهما ضمن النقصان ، والفرق بين المفلس حين يكون شريكا في زيادة القصارة على أحد القولين وبين الغاصب وإن كان بعض أصحابنا غلط فسوى بينهما ، هو أن زيادة القصارة بالعمل ، والغاصب متعد بعمله فلم يملك الزيادة به ، والمفلس غير متعد بعمله فملك الزيادة به ، والله أعلم .

فصل تقطيع الثوب المغصوب قميصا

فصل : تقطيع الثوب المغصوب قميصا ولو غصب ثوبا فقطعه قميصا فإن لم يخطه فربه أحق به ويرجع بأرش نقصه وقال أبو يوسف : ربه بالخيار بين أن يأخذه ، ولا شيء له وبين أن يدعه على الغاصب بأخذ قيمته . وقال محمد بن الحسن : إنه بالخيار بين أن يأخذه ، وما نقص وبين أن يدعه على الغاصب ويأخذ قيمته ، وفيما مضى من الدلائل في أمثال هذا كاف ، وإذا كان كذلك فلا يخلو أن تكون خيوط الخياطة لرب الثوب ، أو للغاصب ، أو لأجنبي فإن كانت لرب الثوب أخذه مخيطا فإن طالب الغاصب بنقص الخيوط منه وفتق الخياطة فإن كان له فيه غرض صحيح أجبر القاطع عليه ، ثم على دفع ما حدث من نقص ، وإن لم يكن فيه غرض ، فعلى ما ذكرنا من الوجهين ، وإن كانت للغاصب فأراد استخراجها من

الثوب فله ذاك وضمن ما نقص

". (١)

"

فأما الفصل الأول من الفصول الثلاثة وهو أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له فرب الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعديه بأخذه ، وبين أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده ، فإن رجع به على الموهوب له فأغرمه إياه لم يخل حاله من أن يكون قد علم بأنه مغصوب ، أو لم يعلم بأنه مغصوب لم يرجع بغرمه على الغاصب ؛ لأنه قد صار بعلمه كالغاصب وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه على الغاصب بما يغرمه قولان : أحدهما : أنه يرجع به على الغاصب ؛ لأنه غار له في إيجاب الغرم . والقول الثاني : أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب فإن كان الموهوب له عالما بأنه مغصوب رجع على الغاصب عليه بما غرم وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان : أحدهما : لا يرجع به ؛ لأنه غار وهذا على القول الذي يقول : إن الموهوب له يرجع على الغاصب الغار . والقول الثاني : إنه يرجع على الموهوب له بالغرم ؛ لأنه متلف وهذا على القول الذي يقول : إن الموهوب له لا يرجع ؛ لأنه متلف . فلو اختلف الغاصب ، والموهوب له في علمه بكون الطعام مغصوبا فادعى الغاصب علمه ليكون مضمونا عليه ، وأنكر الموهوب له العلم نظر فإن قال له الغاصب : أعلمتك عند الهبة أنه مغصوب فالقول **قول الغاصب** وإن قال علمت من غيري فالقول قول الموهوب له ، والفرق بينهما أنه إذا ادعى إعلامه بنفسه فقد أنكر عقد البهيمة على الصحة فقبل قوله وليس كادعائه عليه . وأما الفصل الثاني : وهو أن يأذن له في أكله فيأكله من غير هبة وإقباض فإن علم الآكل بأنه مغصوب فهو مضمون عليه وربه بالخيار بين أن يرجع به على الآكل فيغرمه ، ولا يرجع الآكل به على الغاصب ، وبين أن يرجع به على الغاصب فيغرمه ويرجع الغاصب به على الآكل ، وإن لم يعلم بأنه مغصوب فربه أيضا بالخيار في إغرام أيهما شاء فإن غرم الآكل فقد اختلف أصحابنا فذهب البغداديون إلى أن في رجوعه بالغرم على الغاصب قولين كما لو استهلكه من غير هبته ، وذهب البصريون إلى أنه يرجع به قولا واحدا ، والفرق بين الآكل ، والموهوب له أن استهلاك الآكل بإذن الغاصب فرجع عليه واستهلاك الموهوب له بغير إذن الغاصب فلم يرجع عليه فإن غرم المالك الغاصب ، فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع به

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٩٧/٧

قولا واحدا . وأما الفصل الثالث : وهو أن يطعمه بهيمة لرجل أو عبد ، فهذا على ضربين :
". (١)

"

رجلا لطلبها فاستأجر رجلا وجبت أجرته على الغاصب ولو طالب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة الطلب ؛ لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعا بطلبه فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان : أحدهما : أن الإجارة جائزة وله الأجرة المسماة ؛ لأنه مالك لمنافع نفسه فيملك المعاونة عليها . والوجه الثاني : أن الإجارة باطلة ، ولا أجرة له ؛ لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره ، والله أعلم .

فصل : فإن حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام : أحدها : أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه . والقسم الثاني : أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب . القسم الثالث : أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب . فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب ويطالب المغصوب منه بعبده ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه ، والتزام مؤنته ؛ لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه . والقسم الثاني : وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده ، ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه ، فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول **قول الغاصب** ، ولا يجبر على بذل القيمة ؛ لأن العبد المغصوب مقدور عليه ، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا ، فإذا أخذ القيمة ملكها ملكا مستقرا ، وملك الغاصب العبد ملكا مراعى لتملكه بعد القدرة عليه إن شاء ، أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء ؛ لأن الإجبار يمنع من استقرار الملك بالأعواض ، فإذا قدر على العبد المغصوب فهو حينئذ بالخيار بين أن يتملكه وبين أن يرده ، ولا خيار للمغصوب منه ؛ لأن المغصوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء ، والغاصب لما لم يملكه في الابتداء ملكه في الانتهاء ، فإن اختار أن يتملكه استقر حينئذ ملكه عليه باختياره ، فإن طلب القيمة ولم يختر تملكه ، قيل للمغصوب منه : إن رددت القيمة عاد العبد إليك ، ولا أجرة لك فيما مضى ؛ لأنك تملكه الآن ملكا مستقرا ، وإن امتنعت

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٠٦/٧

عن رد القيمة لم تجبر على ردها ؛ لأنك قد ملكتها ، وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة ، فإذا بيع لم يخل الثمن من ثلاثة أحوال :
." (١)
"

والضرب الثاني : ما ينتقل عن نجاسته فيصير طاهرا كالماء النجس يطهر بالمكاثرة ، والأدهان وإذا قيل بجواز غسلها ففي جواز بيعها وإباحة ثمنها وجهان : أحدهما : يجوز ، فعلى هذا يكون متلفها ضامنا لقيمتها . والوجه الثاني : لا يجوز ، فعلى هذا لا ضمان على متلفها .

فصل : وإذا غصب خمرا فصار في يده خلا صار حينئذ مضمونا عليه لكونه خلا ذا قيمة فلو اختلفا بعد تلفه فقال المالك صار خلا فعليك ضمانه وقال الغاصب بل تلف في يدي وهو خمر على حاله فالقول **قول الغاصب** مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمته فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمرا ضمنه مع بقاء عينه ؛ لأنه بمصيره خمرا قد صار تالفا فلو عاد ثانية فصار خلا رده على المغصوب منه وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين : أحدهما : لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه . والوجه الثاني : عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط بما لم يحدث في ملكه وهذان الوجهان من نقص المرض إذا عاد .

فصل : وإذا غصب واحد من خفين قيمتهما معا عشرة دراهم فاستهلكه ، وقيمة كل واحد منهما على انفراده درهمان ، ففي قدر ما يضمن وجهان : أحدهما : يضمن درهمين ، وهو قيمة ما تفرد باستهلاكه ولكون نقص الانفراد داخلا على المغصوب منه . والوجه الثاني : أنه يضمن ثمانية دراهم درهمان منها قيمة المستهلك وستة هي ضمان النقص بالانفراد ؛ لأنها جناية منه ، ومن قطع إحدى كمي قميص قيمته عشرة دراهم ، فصارت قيمته بعد قطع الكم درهمين ، وكانت قيمة الكم بعد قطعه درهمين ضمن اتفاقا جميع النقص وهو ثمانية دراهم كذلك في إحدى الخفين ، ولا قطع عليه ما ضمن النقص الزائد على قيمة الخف المسروق ؛ لأن قيمة الخف المنفرد درهمان وهي دون النصاب وإنما ضمن ذلك للنقص الذي يكمل به النصاب من غير إخراج له من الحرز ، فصار كالمستهلك له في الحرز ، والله أعلم .

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٧/٢١٥

فصل : فأما إذا غصب صكا ، أو سجلا ، أو كتاب عهدة فاستهلكه عليه كان عليه قيمته وإن قلت وسواء بطل احتجاج المالك بها في تثبيت أملاكه أم لا فلو لم يستهلك ولكن محا ما كان مثبتا فيه من خط وثيقة فلا شيء عليه – إلا أن ينقص بذلك من قيمة الكتاب شيء فيضمن ما نقص – ولكن يعزر إن فعل ذلك إضرارا بمالكه وإبطالا للوثيقة .
." (١)

"فأما المزني فإنه قال : " إذا استويا في التقويم مع تفاضلهما في الملك وجب أن يكونا في الشفعة ، كذلك إذا تفاضلا في الملك أن يستويا في الأخذ " . قيل في الشفعة قولان : أحدهما : أن الأمر فيها على هذا ، وأن يشترك صاحب النصف والسدس فيها بالسوية كالعتق . والقول الثاني : أنهما يتفاضلان فيها بقدر المالين ، وإن تساويا في العتق . والفرق بينهما من وجهين : أحدهما : أن الشفعة مستحقة بالملك ، فتقسط عليه ، والتقويم مستحق بالعتق ، فاستويا فيه . والثاني : أن استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بالتزام مئونة القسم وغيره ، والمئونة معتبرة بالملك ، فتقسطت الشفعة على الملك ، والتقويم مستحق بدخول الضرر بالعتق ، الجاري مجرى الجناية ، فتقسطت على المعتقين ، دون الملك ؟ ولو كانت المسألة بحالها ، وكان صاحب النصف موسرا ، ومعتق السدس معسرا ، قومت الحصة كلها على معتق النصف ، ولو كان معتق السدس موسرا ومعتق النصف معسرا ، قومت الحصة كلها على معتق السدس ، ولو كانا معسرين ، لم تقوم على واحد منهما ، وكانت الحصة على رقها لمالكها ، فلو ادعى عليها اليسار فأنكراه حلفا له ، ولا تقويم عليهما ، وفي عتق الحصة على مالكها بهذه الدعوى قولان : يعتق عليه في أحدهما ، إذا قيل إن العتق في حصته يقع بالسراية ، ولا يعتق عليه في الثاني إذا قيل إنها لا تعتق إلا بدفع القيمة . ولو ادعى أحد المعتقين على الآخر اليسار ، في تحمل قيمة عتق العبد فإن كان المدعي معسرا ، لم تسمع دعواه ؛ لأنها غير مؤثرة في حقه وتسمع من مالك الحصة ، لتأثيرها في حقه ، ولو كان موسرا سمعت دعواه ؛ لأنه يصير بيساره مشاركا له في تحمل القيمة ، ولا يسمع من مالك الحصة هذه الدعوى ؛ لأنها غير مؤثرة في حقه . والله أعلم .

مسألة إذا اختلفا في قيمة العبد ففيها قولان أحدهما أن القول قول المعتق والثاني أن القول قول رب النصيب لا يخرج ملكه منه إلا بما يرضى

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٢٤/٧

مسألة : قال الشافعي ، رضي الله عنه : " وإذا اختلفا في قيمة العبد عتق العبد المشترك ففيها قولان ، أحدهما : أن القول قول المعتق ، والثاني : أن القول قول رب النصيب لا يخرج ملكه منه إلا بما يرضى (قال المزني) قد قطع الشافعي في موضع آخر بأن القول **قول الغارم** وهذا أولى بقوله وأقيس على أصله على ما شرحت من أحد قوليه لأنه يقول في قيمة ما أتلف أن القول **قول الغارم** ولأن السيد مدع للزيادة البينة والغارم منكر فعليه اليمين " . ." (١)

"أحدهما : أن القول فيها قول المعتق مع يمينه ، إذا قيل إن عتقه قد يسري إلى حصة الشريك بلفظه ؛ لأنه يصير غارما . والقول في الغرم **قول الغارم** . والقول الثاني : أن القول فيها قول الشريك مع يمينه ، إذا قيل ببقاء ملكه ، إلى أن يأخذ قيمة حصته ؛ لأن له عليها يدا لا تنتزع مع عدم البينة ، إلا بقوله كالثمن في الشفعة ، إذا اختلف فيه الشفيع والمشتري كان القول فيه قول المشتري . وقال الربيع في كتاب " الأم " ، وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي ؛ لأن تحالف المتبايعين موجب لارتفاع العقد فأفاد وتحالف هذين غير موجب لرفع العتق ، فلم يفد وهما بعد التحالف عليها باقيان على الاختلاف فيها . وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره ، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع . والله أعلم .

مسألة لو قال هو خباز وقال الغارم ليس كذلك فالقول **قول الغارم**

مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو قال هو خباز وقال الغارم ليس كذلك الإختلاف في إعتبار قيمة العبد المشترك فالقول **قول الغارم** " . قال الماوردي : وصورتها : أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعي الشريك أن العبد كان صانعا خبازا ، أو نجارا ، أو كاتبا فله القيمة الزائدة بصنعته ، ويقول المحقق هو غير صانع فلك القيمة من غير زيادة بصنعته ، فللعبد حالتان : حي وميت . فإن كان ميتا فقد قال الشافعي : القول قول المعتق الغارم فاختلف أصحابنا فيه على طريقين . إحداهما : أنه على قولين ؛ لأنه اختلاف في قدر القيمة ، فكان على القولين الماضيين ، وإنما نص الشافعي على أحدهما . والطريقة الثانية : أن القول فيه قول المعتق الغارم قولا واحدا لأن الشريك يدعي حدوث صنعة ليست في الخلقة ،

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٨/ ٢٧

والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة ، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعيها ، وإن كان العبد حيا يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك فيها ولا يمين له على المعتق ، ولا تلزمه إلا قيمته غير صانع ، فإن قال الشريك قد كان يحسن الصنعة ، وقت العتق لكنه نسيها بعلة ، فإن كان زمان العتق قريبا ، . لا تنسى الصنعة في مثله لم نسمع منه هذه الدعوى ، وإن تطاول وجاز أن تنسى تلك الصنعة في مثله سمعت منه وأحلف عليها المعتق ، ولم يلزمه إلا قيمته غير صانع . ." (١)

"ولو قال الشريك هو يحسن هذه الصنعة ، ولكنه قد كتمها ، وامتنع من إظهارها . فقوله محتمل ، وهو منسوب إلى العبد دون المعتق ، لكن لا يجوز أن يدعيه على العبد ؛ لأنه لا يجب به عليه حق ، ولا يدعيه على المعتق ؛ لأنه منسوب إلى غيره إلا أن يدعي عليه علمه بكتمانه فتتوجه الدعوى إليه ، ويحلف على النفي أنه كتم ما يحسن ، ولو اختبر العبد فكان يحسن الصنعة نظر ، فإن قصر زمان ما بين العتق والتقويم عن تعلم تلك الصنعة ، ثبت تقدمها ، ولم يحلف الشريك عليها ، واستحق قيمته صانعا ، وإن تطاول واتسع لتعلم تلك الصنعة ، صار تقدمها داخلا في الجواز ، فصار كادعائها في ميت ، فيكون على ما قدمناه في الميت من اختلاف أصحابنا على الطريقين : أحدهما : أنه على قولين . والطريق الثاني : أن القول فيه قول المعتق مع يمينه بالله أنه كان وقت العتق غير صانع ، ولم يحلف أنه غير صانع كما يحلف في الميت والله أعلم .

مسألة لو قال هو سارق أو آبق وقال الذي له الغرم ليس كذلك فالقول قوله مع يمينه وهو على البراءة من العيب حتى يعلم

مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو قال هو سارق أو آبق ، وقال الذي له الغرم ليس كذلك ، في قيمة العبد المعتق فالقول قوله مع يمينه وهو على البراءة من العيب حتى يعلم (قال المزني) قد قال في الغاصب إن القول قوله أن به داء أو غائلة والقياس على قوله في الحر يجني على يده فيقول الجاني ، هي شلاء أن القول **قول الغارم** " . قال الماوردي : قد مضى اختلافهما في الصنعة الزائدة ، وهذه المسألة في اختلافها في عيب ينقص من القيمة فيدعي المعتق أنه كان سارقا ، أو آبقا ، فعليه قيمة عبد سارق ، أو آبق ويقول الشريك كان سالما ليس بسارق ، ولا آبق . قال الشافعي : القول فيه قول الشريك المالك مع

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٩/١٨

يمينه أنه غير سارق ، ولا آبق وله قيمة عبد سليم ، فاختلف أصحابنا فيه على طريقين : أحدهما : أنه على قولين . والطريق الثاني : أن القول فيه قول المالك ، وإن كان في الزيادة القول فيها **قول الغارم** فيختلف حكم الزيادة ، والنقصان ، فيكون في الزيادة بالصنعة القول قول منكرها ، وهو الغارم ؛ لأن الأصل عدم الزيادة ، ويكون في النقصان بالعيب القول قول منكرها ، وهو المالك لأن الأصل السلامة من العيب ، فأما الغاصب إذا اختلف مع المالك في قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء ، أو غائلة حكمه فقد حكى المزني عن الشافعي أن القول فيه **قول الغاصب** ، دون المالك وجعل في ضمان العتق القول فيه ." (١)

" قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع تساوي الضمانين على وجهين : أحدهما : أن دعوى الغاصب كانت في نقص يعود إلى أصل الخلقة من شلل ، أو خرس يجوز أن يكون خلقة فيه ، وطارئا عليه ، فكان القول فيه **قول الغاصب** الغارم ، دون المالك ؛ لأن المالك قد يقدر على إقامة البينة ، أنه لم يكن به شلل ولا خرس ، ولو كان مثل ذلك في دعوى المعتق لكان القول فيه قوله دون المالك كالغاصب . والذي قاله في دعوى المعتق أن القول فيه قول المالك كان في ادعاء نقص طارئ ، ليس من أصل الخلقة ، كالإباق والسرقة ؛ لأنه لم يخلق سارقا ولا آبقا ، فالقول فيه قول المالك دون المعتق ؛ لأنه لا يقدر على إقامة البينة ، أنه ليس بسارق ولا آبق ، ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب ، كان القول فيها قول المالك كالمعتق . والوجه الثاني : أن القول في الغصب **قول الغاصب** في النقص ، والقول في العتق قول المالك في النقصين ، والفرق بين الغصب ، والعتق : أن الغصب استهلاك محصن لا يملك بغرمه شيئا ، فجعل القول فيه قول المستهلك والعتق معاوضة يملك المعتق به الولاء ، فجعل القول فيه قول المتعوض ، فأما ما ذكره المزني في الجناية على الأعضاء ، فإن كانت على أعضاء ظاهرة يمكن المجني أن يقيم البينة على سلامتها ، فالقول في نقصها قول الجاني . وإن كانت على أعضاء باطنة ، يتعذر إقامة البينة على سلامتها ، ففي نقصها إذا ادعاه الجاني قولان ذكرناهما في الجنايات . والله أعلم .

مسألة إذا أعتق شركا له في مرضه الذي مات فيه عتقا بتاتا ثم مات كان في ثلثه كالصحيح في كل ماله

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٨/٣٠

مسألة : قال الشافعي ، رضي الله عنه : " وإذا أعتق شركا له في مرضه الذي مات فيه عتقا بتاتا ثم مات في ملكية العبد كان في ثلثه كالصحيح في كل ماله) . قال الماوردي : وأصل هذا أن العتق في المرض المخوف الذي يتعقبه الموت معتبر في ثلث المعتق ، فإن احتمله الثلث تحرر العتق ، ونفذ ، وإن عجز عن الثلث رد ، وعاد المعتق رقيقا ، وهو قول جمهور الأئمة وحكي عن مسروق أنه من رأس المال وأصل التركة لصدقات الزوجات ، وما يصرفه في النفقات والشهوات وهذا خطأ خالف به من سواه . ." (١)

"المشتري ما يقتضي زياة الواجب على ما اعترف به البائع فقولان (أصحهما) وقد نص عليه في أخلاف العراقيين أن القول قول البائع مع يمينه لانه ملك جميع الثمن بالبيع فلا رجوع عليه الا بما اعترف به (والثاني) أن القول قول المشتري لانه تلف في يده فاشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة لان القول **قول الغاصب** الذي حصل الهلاك في يده (وان قلنا) لا يجوز الافراد فوجهان." (٢)

"كانت الدراهم المبذولة باقية بعينها في يد المالك فللشيخ أبى محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها أم لا وإذا اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب (وقوله) في الكتاب ورد القيمة معلم – بالحاء – لان عنده تملك العبد بالضمان فلا رد ولا استرداد وساعدنا في المدبر وفيما إذا اختلفا في القيمة وغرمناه ما اعترف به ثم عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالمتقومات وان أورده في هذا القسم بل ضمان الخيار ثابت في كل مغصوب خرج من يد المالك وتعذر رده.

(فرع) قد مر أن منافع المغصوب مضمونة فبم كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة يضمن فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضى أبو سعد بن يوسف (أضعفها) إنها بالاكثر في جميع المدة (وأظهرها) أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها (والثالث) أن الامر كذلك ان كانت الاجرة في أول المدة أقل وان كانت أكثر ضمنها بالاكثر في جميع المدة لانه لو كان المال في يده فربما يلزمه بها جميع المدة.

قال (وان تنازعا في تلف المغصوب فالقول **قول الغاصب** (و) لانه ربما يعجز عن البينة وهو صادق.

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣١/١٨

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ٢٤٧/٨

فان حلف جاز طلب القيمة وان كان العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف.

وكذلك." (١)

"إذا تنازعا في القيمة أو في صفقة العبد (و) أو في عيب (ز) يؤثر في القيمة فالقول **قول الغاصب** لان الاصل براءة الذمة.

وكذلك إذا تنازعا في الثوب الذى على العبد لان العبد وثوبه في يد الغاصب).

المقصود من بقية الباب الكلام في تنازع المالك والغاصب وذلك يقع على أنحاء (منها) إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكر المالك فالصيحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول **قول الغاصب** مع يمينه لانه قد يعجز عن البينة وهو صادق فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه ولما وجد عنه مخرجا وفيه وجه أن القول قول المالك مع اليمين لان الاصل بقاؤه (وإذا قلنا) بالاول فلو حلف الغاصب هل للمالك تغريمه القيمة أو المثل فيه وجهان (أحدهما) لا لبقاء العين في زعمه (وأصحهما) نعم وهو المذكور في الكتاب لانه عجز عن الوصول إليها بيمين الغاصب وان كانت باقية (ومنها) إذا اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته فالقول **قول الغاصب** لان الاصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة وينبغى أن يشهد الشهود بان قيمته كذا أما إذا أراد اقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات فعن صاحب التقريب حكاية قول أنها تقبل ويقوم وينزل على أقل الدرجات (والمذهب) المنع لان الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة لتفاوتهم في الملاحة وما لايدخل تحت الوصف قال الامام لكن المالك يستفيد باقامة البينة على الاوصاف ابطال دعوى الغاصب." (٢)

"مقدارا حقيرا لا يليق بتلك الصفات كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ثم قومه بشئ

حقير لا يليق بها لا يلتفت إليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدا يجوز أن تكون قيمة لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك قيمته ألف وقال الغاصب خمسمائة وجاء المالك ببينة على أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير (منهم) من قال لا تسمع البينة هكذا (والاكثرون) سمعوها وقالوا فائدة السماع ان يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه ولو قال المالك لاأدري كم قيمته لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين وكذا لو قال الغاصب أعلم أعلم أنه دون ما ذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٢٨٥/١١

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ٢٨٦/١١

فإذا حلف عليه (ومنها) لو قال المالك كان العبد كاتبا أو محترفا وأنكر الغاصب فالقول **قول الغاصب** لان الاصل عدمه براءة ذمته وحكى العراقيون من أصحابنا وجها أن القول قول المالك لانه أعرف بحال مملوكه ولو ادعي الغاصب به عيبا وأنكر المالك نظر ان ادعى عيبا حادثا بان قال كان أقطع أو سارقا ففى المصدق منهما قولان (أحدهما) الغاصب لان الاصل براءة ذمته (وأصحهما) المالك لان الاصل والغالب دوام السلامة ولو ادعى عيبا في أصل الخلقة بان قال كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب لان الاصل العدم والمالك متمكن من اثباته بالبينة وفيه وجهان آخران (أحدهما) تصديق المالك نظرا إلى غلبة السلامة (والثاني) الفرق بين." (١)

"ج- صفة المغصوب أو قدره: كأن يدعي المغصوب منه أن الدار المغصوبة كانت مطلية مثلا، ويدعي الغاصب أنها لم تكن كذلك، أو يدعي المالك أنه غصبه عشرين رطلا قمحا، **ويقول الغاصب**: بل عشرة أرطال. ونحو ذلك من الاختلاف في القدر أو الصفة التي هي صفة زيادة.

فالمصدق هو الغاصب بيمينه في ذلك، لأنه هو الذي سيغرم ، والأصل براءة ذمته ، وهو منكر لشغلها ، فالقول قوله بيمينه.

وإن اختلفا في عيب حادث: وهو الاختلاف في صفة نقص، كأن ادعى المالك أن المغصوب كان سليما من العيوب، وأدعى الغاصب أنه كان معيبا.

فإن كانت اليعن تالفة صدق المالك بيمينه على الصحيح، لأن الأصل والغالب السلامة من العيوب، والقول قول من يتمسك بالأصل.

وإن كانت العين باقية، وردها الغاصب معيبة كما ادعى ، صدق الغاصب بيمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من ضمان ما يزيد على تلك الصفة القائمة.

د- رد العين المغصوبة: فلو ادعى الغاصب أنه رد العين المغصوبة على المغصوب منه، وأنكر المغصوب منه ذلك، فالقول قول المالك بيمينه، فيصدق انه ما رد عليه المغصوب، لأن العين المغصوبة كانت في يده ، والاصل عدم الرد ، فيصدق من يتمسك به وهو المغصوب منه، فإما أن يرده الغاصب عليه، وإما أن يضمن له بدله.

تم الجزء السابع من كتاب الفقه المنهجي بعون الله تعالى وتوفيقه ،

ويليه – ان شاء الله تعالى –

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ١١/٢٨٧

الجزء الثامن في الجنايات والجهاد والقضاء وما يتعلق بها،

والله تعالى ولي التوفيق.

****

============================

الفهرس

"أولا وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الاظهر الجواز لكن النص الذى سنذكره عن البويطى والنص الذى سنذكره عن اختلاف العرقيين كلاهما يدل على خلافه وهو ما يقتضى كلام الماوردى أنه الاصح ولعل الاصح عند الماوردى امتناع تفريق الصفقة والمراد بالتلف إما حسا وإما شرعا فان جوزنا الافراد رد الباقي واسترد من الثمن حصته بلا خلاف وقد تقدم تعليله عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشترى ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع (فالاظهر) عند القاضى أبى الطيب والرافعي والمصنف حيث ذكر في باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه (اما) بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به وهذا القول نسبه القاضى أبو الطيب والرافعي إلى نصه في اختلاف العراقيين (والثانى) أن القول قول المشترى ل ا نه تلف في يده فأشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة كان القول **قول الغاصب** الذى حصل إهلاك في يده وهذا القول في

اختلاف العراقيين أيضا وقد رأيتهما فيه ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه فيه نظر سأنبه عليه في آخر الكلام والاعتماد في حكايتهما هنا على نقل الائمة وقد اقتصر الرافعى رحمه الله وغيره علي استرجاع حصة المردود من الثمن ولم يتعرضوا لشئ آخر ولا شك أن التالف إذا كان معيبا أيضا يجب الارش

---

(١) الفقه المنهجي، ١٦٩/٧

عليه لتعذر رده كما يجب الارش إذا تلف المبيع كله وتبين عيبه وإنما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان وإن لم يجز الافراد فقولان فيما حكاه القاضى حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاه آخرون واقتضى إيراد الرافعى والنووي ترجيحه (أصحهما) عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب في تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لان الهلاك أعظم من العيب ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد وهذا هو الذى نقله الربيع في مختصر البويطى فعلي هذا إن اختلفا في قيمة التالف عاد القولان لانه في الصورتين يرد بعض الثمن الا أنه علي ذلك القول يرد حصة الباقي وعلى هذا القول يرد أرش العيب وهل النظر في قيمة التالف في الصورتين إلى يوم العقد أو يوم القبض فيه الخلاف الذي في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم وسيأتي إن شاء الله تعالى (والاصح منه) اعتبار أقل القيمتين (والوجه الثاني) أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ العقد قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب واحتج له بأن النبي." (١)

"وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها.

وقولهم تركناه للحديث.

قلنا ليس في الحديث تحالفا.

وليس ذلك بثابت في شئ من الاخبار قال ابن المنذر.

وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه.

اه، وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعديته بتعدى ذلك المعنى فنقيس عليه، بل يثبت الحكم بالبينة، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة، فمع تعذر ذلك أولى فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه، كما له ذلك في حال بقاء السلعة، ويرد الثمن الذى قبضه البائع إلى المشترى، ويدفع المشترى قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا وينبغى أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشترى ويكون القول قول المشترى مع يمينه، لانه لا فائدة

من يمين البائع ولا فسخ البيوع، لان الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشترى وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عليه من غير فائدة

---

(١) المجموع، ١٢/١٧٨

ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشترى، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه لانه غارم، والقول **قول الغارم** وان تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشترى بعد انفساخ العقد، فأشبه ما لو اختلفا في القبض.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا لانه يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى المال، وان كان البيع بين وكيلين." (١)

"فأما القسم الاول وهو أن يبذل الغاصب قيمة المغصوب ويطالب المغصوب منه بغصبه ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مئونته، لان المالك لا يجبر على إزالة ملكه وأما القسم الثاني وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة غصبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد الغصب بعينه فينظر: فإن كانت الغصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول **قول الغاصب** ولا يجبر على بذل القيمة، لان الشئ المغصوب مقدور عليه.

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكا مستقرا وملك الغاصب الغصب ملكا صريحا فليس للمغصوب منه أن يسترده، لانه وإن ملكه بالخيار ابتداء فلم يملكه انتهاء، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداء فقد ملكه انتهاء، وقد استقر ملكه عليه.

الضرب الثاني: وهو أن يكون رده ممتنعا للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبرا بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد فإذا أخذها المغصوب منه ففى استقرار ملكه عليها وجهان لاصحابنا (أحدهما) أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد والوجه الثاني: لا، لجواز القدرة على الرد، فإن وجد الشئ المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته.

وقال أبو حنيفة: يكون المغصوب ملكا للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغصوب منه أحق بالغصب حينئذ استدلالا بأن البدل إذا كان في مقابلة المبدل كان استحقاق البدل موجبا لتملك المبدل، كالبيع والنكاح لما استحق على المشترى الثمن تملك المثمن، ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع.

---

(١) المجموع، ١٣/٧٧

كذلك الغاصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب، ولان الجمع بين البدل والمبدل مرتفع في الاصول وفى بقاء ملك المغصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بدله وذلك باطل، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك." (١)

"منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعدي منهما، وفى حالة إمكان استخراج الصبغ من الثوب فاستخراجه ونقص الصبغ ونقص الثوب إن حدث نقص كل ذلك مهدر لا قيمة له في ذمة واحد منهما والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله: (فصل) إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، فقال المغصوب منه هو باق.

وقال الغاصب تلف فالقول **قول الغاصب** مع يمينه لانه يتعذر إقامة البينة على التلف وهل يلزمه البدل فيه وجهان.

أحدهما: لا يلزمه لان المغصوب منه لا يدعيه.

والثاني: يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبدا فأبق.

(فصل) وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته، فقال الغاصب قيمته عشرة، وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول **قول الغاصب**، لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه (فصل) وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة.

وقال المغصوب منه لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لان الاصل عدم السرقة.

ومن أصحابنا من قال: القول **قول الغاصب** لانه غارم، والاصل براءة ذمته مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه: كان كاتبا فقيمته ألف،

وقال الغاصب: لم يكن كاتبا فقيمته مائة، فالقول **قول الغاصب**، لان الاصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا، وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول **قول الغاصب**، لان الاصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لانه أنقص من حقه.

(فصل) وان غصبه خمرا وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال

---

(١) المجموع، ١٤/٢٣٩

الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على فالقول **قول الغاصب**، لان الاصل براءة ذمته، ولان الاصل أنه باق على كونه خمرا.." (١)

"(فصل) وإن اختلفا في الثياب التى على العبد المغصوب، فادعى المغصوب منه أنها له، وادعى الغاصب أنها له، فالقول **قول الغاصب** لان العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم (الشرح) الاحكام.

قال الشافعي: ولو غصبه جارية فهلكت فقال: ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه.

قلت: قد ذكرنا أن المغصوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن ووقت الغصب إلى وقت التلف.

وقال أبو حنيفة: هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتبارا بحال التعدي، وهذا خطأ من وجهين (أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعا.

أما الشرع فقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا " أي استداموا الايمان، وقال تعالى " اهدنا الصراط المستقيم " أي ثبتنا على الهداية إليه، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الاخبار والطلب وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب بيمين في كل حال غاصبا.

ويقال قد غصب، وإن كان قد تقدم من الغصب

(والثانى) أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية، فلما كانت براءة الجراح في الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجرح، وجب أن يكون الحادث بعد الغصب في حكم الموجود في حال الغصب، ثم هو في الغصب أولى منه في الجناية لبقاء يده في الغصب وارتفاعها في الجناية، وفيما ذكرناه من المعاني الماضية في نمو البدن وزيادته دليل كاف فإذا ثبت هذا واختلفا في المغصوب فهو على ثلاثة أضرب: (أحدها) أن يختلفا في قيمته (والثانى) أن يختلفا في تلفه (والثالث) أن يختلفا في مثله.

فأما الضرب الاول وهو اختلافهما في قيمته فعلى ضربين: (أحدهما) أن يكون اختلافهما في القيمة مع اتفاقهما على الصفة، فيقول المغصوب منه قيمة مالى ألف.

ويقول الغاصب: قيمة مالك مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه في قدر قيمته لامرين: أحدهما إنكاره الزيادة، والشرع في الانكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى.

والثاني: أنه غارم والقول في الاصول **قول الغارم**." (٢)

---

(١) المجموع، ٩٤٢/١٤

(٢) المجموع، ٢٩٥/١٤

"فإن قيل: فكلا المعنيين يفسد بالشفيع والشفيع منكر وغارم، فالجواب عنه من وجهين.

أحدهما: أن المشترى مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك، ولا يغرم إلا بقوله.

والثانى: أن المشترى فاعل الشراء فكان القول فيه قوله لانه من صنعه، وكذلك الغاصب فاعل الغصب وهو من صنعه فكان القول فيه قوله، فحل المشترى بهذين محل الغارم وسلم المعنيان.

فإن كان للمغصوب منه بنية على ما ادعاه من القيمة سمعت وهى شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين، فإن شهدت بينه بأن قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف كذا حكم بها لان الغاصب

ضامن لقيمته في هذه الاحوال كلها، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفا قبل الغصب لم يحكم بها لان ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول: إنه يصير لاجل هذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه، لان الاصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح، لان ما قبل الغصب غير معتبر، والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين، فإن شهدت البينة بصفات المغصوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لامرين.

أحدهما: أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل.

والثانى: أن اختلافهما في القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة في غير ما تداعياه واختلفا فيه.

والضرب الثاني: أن يكون اختلافهما في الصفه فهو على نوعين أحدهما: أن تكون صفة زائدة.

والثاني: أن تكون صفة نقص.

فأما صفة الزيادة فترد دعوى المغصوب منه وصورتها.

أن يقول المغصوب منه قيمة سيارتي ثلاثة آلاف لانها مرسيدس أو كاديلاك ٧ راكب موديل ٦٨ **ويقول الغاصب** قيمتها ألف لانها مرسيدس أو كاديلاك سعة ٥ راكب موديل ٦٩ فالقول **قول الغاصب** مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والانكار.

وأما صفه النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن **يقول الغاصب** قيمة السيارة التى غصتها منك." [١]

"مائة لانها مستهلكه ومحركها ضعيف وفراملها ناعمه وهى ماركة فيات أو فكسهول موديل.

فيقول المغصوب منه قيمتها ألف لانها ليست مستهلكه ومحركها سليم وفراملها قويه ففيه وجهان لاختلاف

---

(١) المجموع، ١٤/٢٩٦

المعنيين أحدهما أن القول **قول الغاصب** مع يمينه تعليلا بغرمه والثانى.

القول قول المغصوب منه

مع يمينه تعليلا بانكاره.

وأما الضرب الثاني وهو اختلافهما في تلفه فصورته أن يقول المغصوب منه سيارتي باقيه في يدك **ويقول الغاصب**، قد تلفت وذهبت أجزاؤها في (وكالة البلح (١)) فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ثم فيه وجهان أحدهما، أنه لا شئ عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفها، لانه لا يدعى القيمه وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على تلفها، والوجه الثاني، أن عليه القيمه للمغصوب منه لانه وإن كان منكرا للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصارت كالتالفه يلزم الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقيه.

وأما الضرب الثالث وهو اختلافهما في مثله فعلى ثلاثة أضرب أحدها.

أن يختلفا في صفات المثل كقول المغصوب منه غصبتني طعاما حديثا **فيقول الغاصب** بل طعاما عتيقا أو قديما فالقول **قول الغاصب** مع يمينه تعليلا بالمعنيين من الانكار والغرم، ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك لانه أنقص من حقه الذى يدعيه.

والضرب الثاني.

أن يختلفا في أصل المثل كقول المغصوب منه، لما غصبته مثل، **وقول الغاصب**، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام، فان حكموا له بمثل طولب به، وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه، والضرب الثالث أن يختلفا في وجود المثل كقول المغصوب منه، المثل موجود **وقول الغاصب** بل المثل معدوم، فيكشف الحاكم عن وجوده، ويقطع تنازعهما

---

(١) سوق على شاطئ النيل في الشمال الغربي من مدينة القاهرة كانت تنزل من مرساه التمور الواردة من الصعيد الاعلى على عهد المماليك وهو اليوم سوق تباع فيه أجزاء السيارات القديمة وغيرها من الالات.." (١)

"فيه، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصا كان أو غالبا، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمه ثم وجد المثل بعد ذلك فلا حق له فيه وقد استقر ملكه على

---

(١) المجموع، ٢٩٧/١٤

ما أخذ من قيمته بخلاف الرقيق إذا أخذت قيمته ثم وجد، والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت عند الاياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه، وقيمة المثل أخذ مع العلم بالقدرة عليه من بعد فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه، وإن جهد إلى وجود المثل ثم رجع مطالبا بالقسمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف السلم في الشئ إلى مدة تنقطع فيها فرضى المسلم بالصبر إلى وجوده فلا يكون له الرجوع قبله.

والفرق بينهما أن تقدير وجود السلم عيب فإذا رضى به لزمه ذلك بالعقد.

وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم.

(فرع) ولو غصب رجل عصيرا فصار في يده خلا رجع به المغصوب منه وينقص إن حدث في قيمته، ولو صار العصير خمرا رجع على الغاصب بقيمته عصيرا لان الخمر لا قيمة له، وهل له أخذ الخمر أم لا ؟ على وجهين: أحدهما - وهو قول الاسفراييني - إنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه.

والوجه الثاني: له أخذه لانه قد شفع بإراقته في بئر أو مسقى حيوان، فلو صار الخمر في يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه، وفى رجوعه عليه بالقيمه وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما: يرجع بالقيمة لوجوبها.

والثانى - لا يرجع عليه لعدم استقرارها.

وإذا غصبه خمرا فصار في يده خلا صار حينئذ مضمونا عليه لكونه خلا ذا قيمه، فلو اختلط بعد تلفه فقال المالك: صار خلا فعليك ضمانه، وقال الغاصب: بل تلف في يدى خمرا على حاله فالقول **قول الغاصب** مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمته، فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمرا ضمنه مع بقاء عينه لانه بمصيره خمرا قد صار تلفا، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المغصوب منه، وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين أحدهما: لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه، والوجه الثاني: عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط عنه والله تعالى أعلم.." (١)

"حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولم يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وهذا كمن غصب شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو غصب حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعلمه آنية

وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها

---

(١) المجموع، ١٤/٢٩٨

ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له : اقلع الغرس والبناء وردها فارغة فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا فيكون له

ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار : إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق وسلمها للغاصب وإن شاء أخذهما وضمن ما زاد الصبغ والسمن فيهما

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وإن كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار : إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض

وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب فإن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه

وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به خير النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن بنقص باستعماله فيغرم النقصان

وإذا استهلك المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما وإن استهلكهما المسلم على المسلم لم يضمن

الكتاب [جزء ١ - صفحة ٣٤٦]

٢٢ - كتاب الوديعة." (١)

"وان ضمن الآكل رجع في أحد القولين ولا يرجع في الآخر وهو الأصح وان قدمه اليه ولم يقل هو لي أو مغصوب فضمن الآكل رجع في أحد القولين دون الآخر وان ضمن الغاصب فإن قلنا لا يرجع الآكل على الغاصب رجع الغاصب وان قلنا يرجع الآكل لم يرجع وان أطعم المغصوب منه وهو يعلم بريء الغاصب وان لم يعلم ففيه قولان أحدهما يبرأ والثاني لا يبرأ وان رهن المغصوب منه من الغاصب لم يبرأ من الضمان وان أودعه اياه فقد قيل يبرأ وقيل لا يبرأ وان فتح قفصا عن طائر فوقف ثم طار لم يضمن وان طار عقيب الفتح ففيه قولان أصحهما أنه لا يضمن وان فتح زقا فيه مائع فاندفق ما فيه ضمن وان بقي ساعة ثم وقع بالريح فسال ما فيه لم يضمن وان كان ما فيه جامدا فذاب بالشمس وخرج ضمن وقيل لا يضمن وليس بشيء وان سقى أرضه فأسرف حتى هلك أرض غيره أو أجج نارا على سطحه فأسرف حتى تعدى الى

(١) المختصر للقدوري، ص/٧٣

سطح غيره ضمن فإن غصب حرا على نفسه لزمه تحريته فإن استوفي منفعته ضمن الأجرة وان حبسه مدة ضمن وقيل لا يضمن وان غصب كلبا فيه منفعة لزمه رده وان غصب خمرا من ذمي وجب ردها عليه وان أتلفها لم يضمن وان غصبها من مسلم أراق فإن صارت خلا رده وان غصب جلد ميتة رده فإن دبغه فقد قيل يرد وقيل لا يرد وان غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا رده وما نقص من قيمة العصير وقيل يرد الخل ويضمن مثله من العصير وإرش ما نقص وليس بشيء وان غصب صليبا أو مزمارا فكسره لم يضمن الإرش وان اختلفا في رد المغصوب فالقول قول المغصوب منه وان اختلفا في قيمته فالقول **قول الغاصب**

& باب الشفعة

لا تجب الشفقة الا في جزء مشاع من العقار محتمل للقسمة فأما الملك المقسوم فلا شفعة فيه وغير العقار من المنقولات لا شفعة فيه وأما البناء والغراس فإنه ان بيع مع الأرض ففيه الشفعة وان بيع منفردا فلا شفعة

---

(١) ".

"لأنها اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان، للأثر (١) ويقبل **قول الغارم** في القيمة (٢) (أو اختلفا في رد، فقول المالك)(٣) لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه، فلم يقبل قوله في الرد (٤) وإن قال: أودعتني. فقال: غصبتني (٥) أو قال: أودعتك. قال: بل أعرتني (٦) صدق المالك بيمينه (٧). وعليه الأجرة بالانتفاع (٨).

باب الغصب (٩)

---

(١) وهو قول صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

(٢) لخبر «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال دماء قوم وأموالهم».

(٣) للقاعدة العظيمة المتقدمة، وهي أن كل من أقر بوصول مال إليه، أو ثبت ببينة، ثم ادعى وصوله إلى صاحبه، لم يقبل إلا ببينة.

(٤) إلا ببينة، ومفهومه: أنه لو قبضها لا لحظ نفسه، قبل قوله في الرد، وتقدم أنه لا فرق بين متطوع أو بجعل، وأن هذا القول هو الصحيح، الذي لم يدل على خلافه كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، بل دل على

---

(١) التنبيه، ص/١١٦

أن القول قول المنكر بيمينه.

(٥) صدق المالك بيمينه، لأن الأصل عدم الإيداع، وحكمها حكم الغصب.

(٦) أو قال: أعرتك. قال: بل أودعتني.

(٧) لما تقدم إن لم يكن بينة.

(٨) أي وعلى قابض العين الأجرة بالانتفاع بالمقبوض، ويرد العين إن كانت باقية، وإلا فقيمتها إن كانت متقومة، أو مثلية فمثلها.

(٩) أي باب ذكر أحكام الغصب، وجناية البهائم، وما في معنى ذلك من الاتلافات.." (١)

"وإن اتجر في المغصوب، فالربح لمالكه (١) (والقول في قيمة التالف) **قول الغاصب**، لأنه غارم (٢) (أو قدره) أي قدر المغصوب (٣) (أو صفته) بأن قال: غصبتني عبدا كاتبا. وقال الغاصب: لم يكن كاتبا. ف(قوله) أي **قول الغاصب**، كما تقدم (٤) (و) القول (في رده أو تعيبه)(٥) بأن قال الغاصب: كانت فيه إصبع زائدة، أو نحوها (٦).

---

(١) ونصوص أحمد متفقة عليه، وهو موافق للقول الثاني، وبناه ابن عقيل والموفق على صحة تصرف الغاصب، وتوقفه على الإجازة، وفي التلخيص أنها لا تتوقف عليها، لأن ضرر الغصب يطول بطول الزمان، فيشق اعتباره، وقال الشيخ: ربح المغصوب بمنزلة المضارب، كما فعل عمر رضي الله عنه.

(٢) ولا خلاف في ذلك، وكذا إن اختلفا في زيادة قيمته، هل زادت قبل تلفه أو بعده.

(٣) بأن قال المالك: عشرة. وقال الغاصب: بل تسعة. فقوله بيمينه، حيث لا بينة للمالك.

(٤) أي لأنه غارم، ولأنه منكر، وال أصل براءته من الزائد، وقال في الإنصاف إن اختلفا في قيمة المغصوب، أو قدره، أو صناعة فيه، **فقول الغاصب**، لا أعلم فيه خلافا، وذلك بيمينه، حيث لا بينة، وإن كان لأحدهما بينة عمل بها.

(٥) أي والقول إذا اختلفا في رد المغصوب إلى مالكه، أو اختلفا في تعيبه بعد تلفه.

(٦) كأن قال: كان أعمى، أو أعور، أو أعرج، أو به سلعة، أو يبول في فراشه، ونحو ذلك.." (٢)

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٦٣/٩

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٩٧/٩

"وأنكره مالكه، ف(قول ربه) (١) لأن الأصل عدم الرد والعيب (٢) وإن شهدت البينة أن المغصوب كان معيبا (٣) وقال الغاصب: كان معيبا وقت غصبه. وقال المالك: تعيب عندك. قدم **قول الغاصب**، لأنه غارم (٤) (وإن جهل) الغاصب (ربه) أي رب المغصوب، سلمه إلى الحاكم (٥) فبرئ من عهدته (٦) ويلزمه تسلمه (٧).

---

(١) أي بيمينه على نفي ذلك، جزم به الموفق وغيره، وفي الإنصاف: بلا نزاع.

(٢) أي لأن الأصل عدم رد المغصوب على مالكه، وبقاؤه في يد الغاصب، وعدم العيب في المغصوب، وبقاؤه سليما، فقبل قول المالك.

(٣) يعني عند الغاصب، أو اتفقا على أنه كان معيبا.

(٤) والقول **قول الغارم** بيمينه مع عدم البنية كما تقدم، ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، والأصل براءة الذمة.

(٥) إذا كان أهلا، وقال الشيخ: إن كان عدلا أو له نائب كذلك، وإلا سلمه لرجل عالم معروف موثوق به، وأعلمه بالحال، ليصرفه في مصارفه، وللعالم أن يصرفه إليه إن كان ممن يجوز الصرف إليه، وله هو أن يصرف من نفسه لنفسه إن كان بهذه الصفة، وهو عالم بالأحكام الشرعية.

(٦) أي الغصوب، والرهون، ونحوها، قال في الإنصاف: بلا نزاع؛ دنيا وأخرى، لأن قبض الحاكم لها قائم مقام قبض أربابها لها، لقيامه مقامهم.

(٧) أي ويلزم القاضي تسلم المغصوب من الغاصب إذا دفعه إليه، كالضوال وغيرها، وقال الشيخ: من كانت عنده غصوب، وودائع وغيرها، لا يعرف أربابها، صرفت في المصالح. وقاله العلماء.." [١]

"(وإن قال: له على مائة، ثم سكت سكوتا، يمكنه الكلام فيه، ثم قال: زيوفا) أي معيبة(١) (أو مؤجلة، لزمه مائة جيدة حالة) لأن الإقرار حصل منه بالمائة مطلقا(٢) فينصرف إلى الجيد الحال، وما أتى به بعد سكوته، لا يلتفت إليه، لأنه يرفع به حقا لزمه(٣) (وإن أقر بدين مؤجل) بأن قال بكلام متصل له علي مائة مؤجلة إلى كذا (فأنكر المقر له الأجل) وقال: هي حالة (فقول المقر مع يمينه) في تأجيله، لأنه مقر بالمال بصفة التأجيل، فلم يلزمه إلا كذلك(٤).

---

[١] حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٩٨/٩

(١) لزمه ألف جياد، والزيوف: الرديئة، وقيل: المطلية بالزئبق، بمزاوجة الكبريت.

(٢) والإطلاق يقتضي ذلك، كما لو باعه بألف درهم، وأطلق، ولأنه رجع عن بعض ما أقر به، ورفعه بكلام منفصل، فلم يقبل كالاستثناء المنفصل.

(٣) لأنه إذا سكت بينهما، أو فصل بكلام أجنبي، فقد استقر حكم ما أقر به، وقالوا: يصح الاستثناء بشرط أن لا يسكت المستثنى، بين المستثنى منه، والمستنثى زمنا يمكنه الكلام فيه، وأن لا يأتي بكلام أجنبي بينهما، وأن يكون المستثنى من الجنس والنوع.

(٤) وفي البيع إذا اختلفا في الحلول والتأجيل، فقول مدعي الحلول، فما هناك متفقان على ثبوت أصل الحق، ثم اختلفا في صفته، وهنا الاختلاف في الحق المتصف فقبل قول المقر، لأنها غارم، والقول **قول الغارم** بيمينه.." (١)

"فإن تلف ضمن المثلي بمثله والمتقوم بقيمته يوم تلفه في بلد غصبه ويضمن مصاغا مباحا من ذهب أو فضة بالأكثر من قيمته أو وزنه والمحرم بوزنه ويقبل **قول الغاصب** في قيمة المغصوب وفي قدره ويضمن جنايته وإتلافه بالأقل من الأرش أو قيمته وإن أطعم الغاصب ما غصبه حتى ولو لمالكه ولم يعلم لم يبرأ الغاصب وإن علم الآكل حقيقة الحال استقر الضمان عليه ومن اشترى أرضا فغرس أو بنى فيها فخرجت مستحقة للغير وقلع غرسه وبناءه رجع على البائع بجميع ما غرمه

." (٢)

"خيار الاختلاف للمتبايعين

النوع السابع: خيار الاختلاف للمتبايعين، فإذا اختلفا في قدر الثمن، أو أجرة الدار، أو عين المبيع ولا بينة، أو لكل واحد منهما بينة، فلهما بينتان، عند هذا بينة، وعند هذا بينة، وتعارضت البينتان وتساقطتا، فلابد من الحلف، فيقول البائع: بعتك بستمائة.

ويقول المشتري: بل بخمسمائة.

وليس هناك بينة، وليس هناك وثيقة، وكذلك الأجرة، إذا قال -مثلا-: استأجرت الدار بعشرة آلاف، فقال: بل بخمسة عشر ألفا، وليس هناك وثائق، وليس هناك بينة، ففي هذه الحال لابد من التحالف،

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٦٥/١٤

(٢) دليل الطالب، ص/١٥١

فيتحالفان، ويبدأ البائع بالحلف؛ وذلك لأنه العارف بالأصل، فصاحب السلعة هو العارف بالقيمة، وهو عادة ما يبيع الشاة إلا بمائتين، وهذا يقول: اشتريتها منك بمائة، أو عادته أنه ما يبيع مثلا الكيس إلا بمائة، وهذا يقول: اشتريت منك بخمسين، ففي هذه الحال يحلف البائع، ويشتمل حلفه على نفي وإثبات، فيقول: والله ما بعتك الكيس بمائة، وإنما بعتك بمائتين.

يشتمل على نفي وإثبات، ويبدأ بالنفي: ما بعتك بمائة، وإنما بعتك بمائتين -مثلا-؛ أو ما بعتك البيت بأربعمائة، وإنما بعتك بخمسمائة.

وكذلك في الإجارة، يقول: ما أجرتك بعشرة، وإنما أجرتك بخمسة عشر، وكذلك لو كان الخلاف في عين المبيع، إذا اختلفا فقال المشتري: بعتني نعجة.

فقال البائع: بل بعتك الكبش.

فيحلف ويقول: ما بعتك النعجة الأنثى وإنما بعتك الذكر -الكبش-.

فيشتمل حلفه على نفي وإثبات، فإذا لم يرض المشتري بيمينه حلف المشتري، فيحلف بعد ذلك ويقول: والله ما اشتريته بمائتين، وإنما اشتريته بمائة، والله ما استأجرته بخمسة عشر، وإنما استأجرته بعشرة.

فتشتمل يمينه -أيضا- على نفي وإثبات، ويبدأ بالنفي، أو يقول: والله ما اشتريت الكبش، وإنما اشتريت النعجة، فيشتمل على نفي وإثبات، ويحلف البائع: ما بعتك بكذا، وإنما بعتك بكذا، ثم يحلف المشتري: ما اشتريته بكذا، وإنما اشتريته بكذا.

ولكل الفسخ إن لم يرض بقول الآخر، فإذا لم يوافق البائع على البيع بمائة فله أن يقول: رد علي الكيس، رد علي نعجتي، رد علي بيتي.

فإن رضي المشتري، وقال: قبلته بمائة وخمسين، قبلت الكبش بدل النعجة، قبلت الإيجار بخمسة عشر ألفا.

فله ذلك.

فالحاصل أنهما إذا تحالفا -أي: حلف البائع ثم حلف المشتري- فإنهما يفسخان العقد.

وإذا كانت السلعة تالفة، فيتحالفان ويغرم المشتري القيمة، فقد تتلف السلعة عند المشتري، فإذا ذبح الشاة -مثلا- واختلفا في قيمتها، فالبائع يقول: بمائتين.

والمشتري يقول: بمائة.

وهذا قد ذبحها وأكلها، ففي هذه الحال تقدر كم قيمة شاة صفتها كذا وكذا؟ يسأل أهل النظر: بكم تقدرونها؟ فيغرمها المشتري بما تساوي، وإذا اختلفا في صفتها فقال البائع: إنها شاة سمينة أو لبون، وقال المشتري: بل هزيلة، وليست حاملا، وليست لبونا.

فالقول **قول الغارم** وهو المشتري، وكذلك في سائر ما يختلفان فيه، فإذا قال المشتري: الثوب احترق، وفيه عيوب، وفيه خروق، وثمنه بعشرة، فقال البائع: بل ثمنه بخمسة عشر، وهو سليم، وليس فيه خروق، وليس فيه عيوب.

ففي هذه الحال المشتري يقول: بعشرة، والبائع يقول: بخمسة عشر، والثوب قد احترق أو قد تمزق، واختلفا في العيوب التي فيه، واختلفا في صفته، فمن يقدم قوله؟ القول قول المشتري؛ لأنه غارم؛ فيقدر بقيمته التي يقدره بها ويصفه بها المشتري.

وإن اختلفا في أجل أو شرط ونحوه فالقول قول من ينفيه، مثال الأجل: إذا قال: إني اشتريت البيت مؤجلا أو لمدة سنة.

فقال البائع في الحال: ليس هناك أجل، تنقدني الثمن حالا.

فالقول قول البائع؛ لأنه ناف، وكذلك لو قال البائع: بعتك البيت بشرط أن أسكنه شهرا.

وأنكر ذلك المشتري، وقال: بل البيع ناجز، وليس هناك شرط، ففي هذه الحال القول قول من ينفي الشرط.

وكذلك لو اختلفا في تحديد الأجل، فالبائع يقول: أجل الدين ستة أشهر، والمشتري يقول: اثنا عشر شهرا.

فالقول قول البائع أنه ستة أشهر؛ لأنه ناف للزيادة، ولأن الأصل حل المبيعات، وعدم تأجيلها.

فالحاصل أنه إذا اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه.

وكذلك إذا اختلفا في عين المبيع أو قدره فالقول قول البائع، مثال اختلافهما في عين المبيع: أن يقول البائع: بعتك الذكر.

ويقول المشتري: اشتريت الأنثى.

أو يقول: بعتك هذا البيت الذي هو دور.

فيقول: لا، بل بعتني هذا البيت الذي هو من دورين.

ففي هذه الحال القول قول البائع؛ لأنه هو المالك، فيحلف أني ما بعته هذا البيت، وإنما بعته هذا البيت، ما بعته الأنثى، وإنما بعته الذكر.

هذا مثال اختلافهما في عين المبيع.

وكذلك إذا اختلفا في قدره، فإذا قال -مثلا-: بعتني كيسين بمائة.

فقال: بل كيسا.

ففي هذه الحال القول قول البائع: أو ما بعته كيسين، وإنما بعته كيسا.

وتقدم مثال اختلافهما في قدر الثمن.." (١)

"قبول **قول الغاصب** في التالف

قوله: (والقول في تالف وقدره وصفته قوله)؛ وذلك لأنه غارم، فإذا غصب شاة وماتت، فقال صاحبها: إنها سمينة، وقال هو: بل هي هزيلة، فالقول **قول الغاصب** لأنه غارم، وكذلك لو قال: إنك غصبت مني نعجة، فقال: بل غصبت منك كبشا ذكرا، أو قال: غصبت بقرة، فقال: بل ثورا، أو قال: غصبت مني ناقة، قال: بل جملا، أو قال: غصبت مني ثوبين، فقال: بل واحدا، وهي تالفة؛ فالقول **قول الغاصب**؛ لأنه ضامن.

فالقول قول الغصاب في عينه: أي: هل هو ذكر أو أنثى، وفي قدره، أي: ثوب أو ثوبان، وفي صفته، أي: جديد أو مستعمل.

وأما في رده والعيب فيه، فالقول قول صاحبه، فإذا قال: رددت عليك الكيس الذي غصبتك والثوب الذي أخذته منك بغير حق، فقال: لم ترده، فيحلفه صاحبه أنه ما رده وله ثمنه أو وله بدله؛ وذلك لأن الأصل عدم الرد، وقد اعترف بالغصب وادعى الرد، فلا يقبل قوله في الرد إلا ببينة، فإذا لم تكن بينة حلف صاحبه، وكذلك إذا ادعى الغاصب أنه معيب: فقال: إن الثوب مخرق، والقدح متصدع، والشاة عوراء، وأنكر صاحبها، وقال: بل هي سليمة ليس فيها شيء من هذه العيوب، فالقول قول ربها، فيحلف على سلامتها ويقبل قوله.." (٢)

"وقوله (الحكمية) احتراز من غير الحكمية كإتلافه المغصوب بأكله كما يكون في الطعام أو بإشعال شمعة ونحو ذلك ، وهذه لا يحكم عليها بصحة أو فساد ، وإنما يحكم عليها بحل أو حرمة .

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٨/٢٨

(٢) شرح أخصر المختصرات، ٢٥/٤٢

قوله [والقول في قيمة التالف أو قدر أو صفته قوله]

أي **قول الغاصب** ، وقوله (في قيمة التالف) مثاله : إذا اختلفا في قيمة التالف ، فأحدهما يقول قيمته عشرة آلاف ، والآخر يقول خمسة عشر ألفا ، وقوله (أو قدره) مثاله : أن يقول : قد اغتصبت مني مائة صاع ، ويقول الثاني : لم أغصب منك إلا خمسين صاعا ، وقوله (أو صفته) كأن يقول : قد اغتصب مني عبدا كاتبا ، ويقول الآخر : لم يكن العبد كاتبا بل كان أميا ، فالقول في هذه المسائل **قول الغاصب** إلا ببينة ، فإذا كان عند المغصوب منه بينة تدل على صدق قوله وإلا فالقول **قول الغاصب** ، وذلك لأنه غارم منكر ، والأصل براءة ذمته من هذا القدر الزائد ، وأما الآخر فإنه مدعي ، وعلى المدعي البينة ، واليمين على من أنكر .

قوله [وفي رده أو تعييبه قول ربه]

إذا اختلفا في الرد فقال الغاصب : قد رددت ، وقال المغصوب منه : بل لم يرد ، وكذا إذا اختلفا في عيب كأن **يقول الغاصب** : قد اغتصبته معيبا ، وقال المغصوب : اغتصبته صحيحا لا عيب فيه ، فالقول هنا قول ربه ، أي قول رب المغصوب ، وهو المغصوب منه ، لأن الأصل عدم الرد وعدم العيب .

قوله [وإن جهل ربه تصدق به عنه مضمونا]." (١)

"وقوله (الحكمية) احتراز من غير الحكمية كإتلافه المغصوب بأكله كما يكون في الطعام أو بإشعال شمعة ونحو ذلك ، وهذه لا يحكم عليها بصحة أو فساد ، وإنما يحكم عليها بحل أو حرمة .

قوله [والقول في قيمة التالف أو قدر أو صفته قوله]

أي **قول الغاصب** ، وقوله (في قيمة التالف) مثاله : إذا اختلفا في قيمة التالف ، فأحدهما يقول قيمته عشرة آلاف ، والآخر يقول خمسة عشر ألفا ، وقوله (أو قدره) مثاله : أن يقول : قد اغتصبت مني مائة صاع ، ويقول الثاني : لم أغصب منك إلا خمسين صاعا ، وقوله (أو صفته) كأن يقول : قد اغتصب مني عبدا كاتبا ، ويقول الآخر : لم يكن العبد كاتبا بل كان أميا ، فالقول في هذه المسائل **قول الغاصب** إلا ببينة ، فإذا كان عند المغصوب منه بينة تدل على صدق قوله وإلا فالقول **قول الغاصب** ، وذلك لأنه

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١٥/٧٠

غارم منكر ، والأصل براءة ذمته من هذا القدر الزائد ، وأما الآخر فإنه مدعي ، وعلى المدعي البينة ، واليمين على من أنكر .

قوله [وفي رده أو تعييبه قول ربه]
إذا اختلفا في الرد فقال الغاصب : قد رددت ، وقال المغصوب منه : بل لم يرد ، وكذا إذا اختلفا في عيب كأن يقول الغاصب : قد اغتصبته معيبا ، وقال المغصوب : اغتصبته صحيحا لا عيب فيه ، فالقول هنا قول ربه ، أي قول رب المغصوب ، وهو المغصوب منه ، لأن الأصل عدم الرد وعدم العيب .

قوله [وإن جهل ربه تصدق به عنه مضمونا]." (١)
"

وقد بحث أبو العباس ذلك أيضا فقال : يتوجه أن لا تجب قيمته إلا إذا كانت أقل من الثمن ، أما إن كانت أكثر فهو قد رضي بالثمن ، فلا يعطى زيادة ، لاتفاقهما على عدم استحقاقها ، قال : كما قلنا مثل هذا في الصداق ولا فرق ، إلا أن هنا انفسخ العقد الذي هو سبب استحقاق المسمى ، بخلاف الصداق ، فإن المقتضي لاستحقاقه قائم . والله أعلم .

قال : فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة .

ش : أي إذا تحالفا ورجعا إلى قيمة السلعة ، فإن اتفقا على قيمتها فلا كلام ، وإن اختلفا في صفتها ، والصفة ليست عيبا كالسمن والكتابة ونحوهما فالقول قول المشتري مع يمينه ، بلا نزاع نعلمه ، لأنه غارم ، والقول قول الغارم ، واعتمادا على أصل براءة الذمة ، ثم الأصل عدمها ، وإن كانت عيبا ، كالبرص ، والخرق في الثوب ، ونحو ذلك ، فهل القول قول المشتري ، وهو المشهور ، وظاهر كلام الخرقي ، لما تقدم من أنه غارم ، أو قول البائع في نفي ذلك ، لأن الأصل عدمها ؟ فيه وجهان ، وملخص الأمر أنه قد تعارض أصلان ، فخرج قولان ، والله أعلم .

قال : ولا يجوز بيع الآبق .

ش : لأنه بيع غرر ، وإنه منهي عنه شرعا ، والنهي يقتضي الفساد .

١٩٥٣ ودليل النهي ما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله نهى عن بيع الغرر .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٧٠/٤٧

١٩٥٤ على أن في المسند ، وسنن ابن ماجه ، عن أبي سعيد : نهى رسول الله عن بيع ما في بطون الأنعام ، وعما في ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن ضربة الغائص . إلا أن فيه كلاما ، ومن ثم قال البيهقي : هذا وإن لم يثبت فكله داخل في بيع الغرر ، [قلت وهذا صحيح ، إذ الغرر] على ما فسره القاضي من أصحابنا [وغيره] ما تردد بين جائزين ، ليس هو في أحدهما أظهر ، والآبق كذلك ، لأنه متردد بين الحصول والعدم ، وكلام الخرقي شامل لآبق يعلم خبره أو لا يعلم ، وهو كذلك ، والله أعلم .

قال : ولا الطائر قبل أن يصاد .

ش : لأن ذلك من الغرر المتقدم ، وقد دخل في كلام الخرقي المملوك وغير المملوك ، وما يألف العود أو لا يألفه ، وهو كذلك .

". (١)

"الحالة الثالثة : أن يكون الثمن أقل من الحق ، ولنفرض أن الثمن عشرة آلاف ريال والدين إثنا عشر ألف ريال ، نقول يسدد للمرتهن عشرة آلاف ويبقى ألفان في ذمة الراهن ليس المعنى أن ذمته تبرأ بالرهن ، تبرأ ذمته إذا سدد الرهن ما عليه ، فإن فضل شيء فإن ذمته تبقى مشغولة بهذا الفاضل للمرتهن .

" ويقبل قول راهن في قدر رهن "

هنا شرع المؤلف رحمه الله فيما يتعلق في الاختلاف بين الراهن والمرتهن و الاختلاف بين الراهن والمرتهن له صور :

الصورة الأولى : قال المؤلف : يقبل قول راهن في قدر رهن .

إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الرهن ، فقال المرتهن : أنت رهنتني سيارتين ، العقد على أن الرهن سيارتان ، قال الراهن : بل سيارة وحدة .

المؤلف : يقبل قول الراهن .

لأن القاعدة على المذهب ﴿ أن القول **قول الغارم** ﴾

وسبق أن تكلمنا عن هذه الصور صور الاختلافات وذكرنا القاعدة : أنه إن كان هناك بينة يرجع إلى البينة إذا لم يكن هناك بينة نرجع إلى القرائن .

---

(١) شرح الزركشي، ٨٢/٢

فالمؤلف يقول : القول قول الراهن ، لكن قد تقوم القرينة على أن القول قول المرتهن .

المرتهن يقول أنت رهنتني سيارتين وإذا نظرنا إلى الدين الذي أخذه الراهن من المرتهن إذا هو يقارب للسيارتين فهذه قرينة تؤيد قول المرتهن .

إذا لم تكن هناك بينات ولا قرائن نرجع إلى ما ذكره العلماء رحمهم الله .

" ودين "

هذه الصورة الثانية من صور الاختلاف .

فالصورة الثانية : إذا اختلفا في قدر الدين ، قال المرتهن أنا أقرضتك ألفين ريال ، قال الراهن أنت أقرضتني ألف .

قال المؤلف : القول قول الراهن لأنه غارم ، وكما تقدم لنا إن كان هناك بينة أو قرائن تشهد للظاهر .

" ورده "

هذه الصورة الثالثة من صور الاختلاف .

الصورة الثالثة : إذا اختلف في رد العين المرهونة ، قال المرتهن : رددت العين المرهونة لك .

قال الراهن : لم تردها علي .

المؤلف : القول قول الراهن لأن الأصل عدم الرد .." (١)

"قول المالك على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وصححوه

وقيل القول قول الراكب وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير والفائق

الصورة الثانية قال أجرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم وصححوه

وقيل القول قول الراكب

تنبيهان

أحدهما ثمرة الخلاف تظهر في هذه الصورة مع التلف فتجب القيمة على المذهب

وعلى الثاني لا شيء على الراكب ويحلف ويبرأ

ومع عدم التلف يرجع بالعين في الحال مع اليمين بلا نزاع ولا يأتي الوجه الآخر هنا قاله الحارثي

---

(١) شرح كتاب البيع من عمدة الطالب، ص/١٦٣

وأما الأجرة فمتفقان عليها اللهم إلا أن يتفاوت المسمى وأجرة المثل فإن كان أجر المثل أقل أخذه المالك وكذلك لو استويا ويحلف على الصحيح وإن كان الأجر أكثر حلف ولا بد وجها واحدا قاله الحارثي

الثاني قوله وقيل القول **قول الغاصب** فيه تجوز

قال الحارثي وليس بالحسن وكان الأجود أن يقول القابض أو الراكب ونحوه إذ قبول القول ينافي كونه غاصبا انتهى

فائدة لو قال المالك أعرتك قال بل أودعتني فالقول قول المالك ويستحق قيمة العين إن كانت تالفة

ولو قال المالك أودعتك قال بل أعرتني فالقول قول المالك أيضا ويستحق أجرة ما انتفع بها فهو كما لو قال غصبتني ذكرهما في المستوعب وغيره

". (١)

"

قوله وإن اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول **قول الغاصب**

لا أعلم فيه خلافا

فائدة لو اختلفا في تلف المغصوب فالقول **قول الغاصب** في تلفه على الصحيح من المذهب

قال في الفروع قبل **قول الغاصب** في الأصح وجزم به في المغني والشرح وغيرهما وقدمه الحارثي

وقيل القول قول المالك اختاره الحارثي وهما احتمالان مطلقان في التلخيص

فعلى المذهب للمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدله على الصحيح من المذهب وقدمه في الشرح والتلخيص والفروع وصححه الحارثي واختاره المصنف

وقيل ليس له مطالبته لأنه لا يدعيه

قوله وإن اختلفا في رده أو عيب فالقول قول المالك

بلا نزاع أعلمه وجزم به في المغني والشرح والحارثي والوجيز والفائق وغيرهم

لكن لو شاهدت البينة العبد معيبا عند الغاصب فقال المالك حدث عند الغاصب وقال الغاصب بل كان فيه قبل غصبه فالقول **قول الغاصب** على الصحيح من المذهب جزم به في المغني وغيره وقدمه في شرح الحارثي والشرح

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٦/١٢٠

وقال ويتخرج أن القول قول المالك كما لو تبايعا واختلفا في عيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا إذ الأصل السلامة وتأخر الحدوث عن وقت الغصب انتهى

". (١)

"فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان للأثر ويقبل **قول الغارم** في القيمة (أو اختلفا في رد فقول المالك) لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه فلم يقبل قوله في الرد وإن قال أودعتني فقال غصبتني أو قال أودعتك قال بل أعرتني صدق المالك بيمينه وعليه الأجرة بالانتفاع ١٨ باب الغصب (١)

---

١ – الغصب مصدر غصب يغصب بكسر الصاد (وهو) لغة أخذ الشيء ظلما واصطلاحا (الاستيلاء) عرفا (على حق غيره) مالا كان أو اختصاصا (قهرا بغير

". (٢)

"(والقول في قيمة التالف) **قول الغاصب** لأنه غارم (أو قدره) أي قدر المغصوب (أو صفته) بأن قال غصبتني عبدا كاتبا وقال الغاصب لم يكن كاتبا ف (قوله) أي **قول الغاصب** لما تقدم (و) القول (في رده أو تعيبه) بأن قال الغاصب كانت فيه أصبع زائدة أو نحوها وأنكره مالكه ف (قول ربه) لأن الأصل عدم الرد والعيب وإن شهدت البينة أن المغصوب كان معيبا وقال الغاصب كان معيبا وقت غصبه وقال المالك تعيب عندك قدم **قول الغاصب** لأنه غارم (وإن جهل) الغاصب (ربه) أي رب المغصوب سلمه إلى الحاكم فبرئ من عهدته ويلزمه تسلمه أو

". (٣)

"مسألة : فإذا تحالفا لم ينفسخ العقد بنفس التحالف لأنه عقد وقع صحيحا فتنازعهما وتعارضهما في الحجة لا يوجب الفسخ كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه لكن يقال للمشتري أترضى بما قال

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٦/٢١١

(٢) الروض المربع، ٢/٣٥٠

(٣) الروض المربع، ٢/٣٨٣

البائع ؟ فإن رضيه أجبر البائع على قبول ذلك لأنه حصل له ما ادعاه وإن لم يرضه قيل للبائع : أترضى بما قال المشتري ؟ فإن رضيه أجبر المشتري على قبول ذلك وإن لم يرضيا فسخ العقد وظاهر كلام أحمد أن لكل واحد منهما الفسخ لقوله عليه السلام : أو يتارادان البيع وظاهره استقلالهما كذلك وفي قصة ابن مسعود : باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الإمارة فاختلفا في الثمن فروى له عبد الله هذا الحديث قال : فإني أرى أن أرد البيع فرده ولا فسخ لاستدراك الظلامة أشبه الرد في العيب

(فصل) وإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها كما لو كانت باقية وعنه القول قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر لقوله عليه السلام : [إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا] فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند عدمها ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واختلفا في عدة زائدة يدعيها البائع والمشتري ينكرها والقول قول المنكر وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث ففيما عداه تبقى على مقتضى القياس ووجه الأولى أن كل واحد منهما مدع ومنكر فتشرع اليمين لهما كحال قيام السلعة وقوله في حديثهم تحالفا لم يثبت في شئ من الأخبار وعلى أن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها لمعرفة قيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك يكون أولى فإذا اختلفا جميعا فسخنا البيع كما نفسخه مع بقائها ويرد البائع الثمن والمشتري قيمة السلعة فإن اختلفا في قيمتها رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فإن اختلفا في صفاتها فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم والقول قول الغارم

باب السلم." (١)

" مسألة وفصول : الحيلة لاسقاط الزكاة لا تسقطها اذا حال الحول أو قبل الحول

مسألة : قال : ومن كانت عنده ماشية فباعها قبل الحول بدراهم فرارا من الزكاة لم تسقط الزكاة عنه

قد ذكرنا أن ابدال النصاب بغير جنسه يقطع الحول ويستأنف حولا آخر فان فعل هذا فرارا من الزكاة لم تسقط عنه سواء كان المبدل ماشية أو غيرها من النصب وكذا لو أتلف جزءا من النصاب قصدا للتنقيص لتسقط عنه الزكاة لم تسقط وتؤخذ الزكاة منه في آخر الحول اذا كان ابداله واتلافه عند قرب الوجوب ولو فعل ذلك في أول الحول لم تجب الزكاة لأن ذلك ليس بمظنة للفرار وبما ذكرناه قال مالك و الأوزاعي و ابن الماجشون و اسحق و أبو عبيد وقال أبو حنيفة و الشافعي : تسقط عنه الزكاة لأنه نقص قبل تمام حوله فلم تجب فيه الزكاة كما لو أتلف لحاجته

---

(١) العدة شرح العمدة، ١/٢٢٥

ولنا قول الله تعالى : ﴿ إنا بلوناهم كما بلونا أصحاب الجنة إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين * ولا يستثنون * فطاف عليها طائف من ربك وهم نائمون * فأصبحت كالصريم ﴾ فعاقبهم الله تعالى بذلك لفرارهم من الصدقة ولأنه قصد اسقاط نصيب من انعقد سبب استحقاقه فلم يسقط كما لو طلق امرأته في مرض موته ولأنه لما قصد قصدا فاسدا اقتضت الحكمة معاقبته بنقيض قصده كمن قتل مورثه لاستعجال ميراثه عاقبه الشرع بالحرمان واذا أتلفه لحاجته لم يقصد قصدا فاسدا

فصل : واذا حال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع دون الموجود لأنه الذي وجبت الزكاة بسببه ولولاه لم تجب في هذا زكاة

فصل : فان لم يقصد بالبيع ولا بالتنقيص القرار انقطع الحول واستأنف بما استبدل به حولا إن كان محلا للزكاة فان وجد بالثاني عيبا فرده أو باعه بشرط الخيار ثم استرده استأنف أيضا حولا لزوال ملكه بالبيع قل الزمان أو كثر وقد ذكر الخرقي هذا في موضع آخر فقال والماشية اذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت استقبل البائع بها حولا سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري لأنه تجديد ملك وإن حال الحول على النصاب الذي اشتراه وجبت فيه الزكاة فان وجد به عيبا قبل اخراج زكاته فله الرد سواء قلنا الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة لما بينا من أن الزكاة فان وجد به عيبا قبل اخراج زكاته فله الرد سواء قلنا الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة لما بينا من أن الزكاة لا تجب في العين بمعنى استحقاق الفقراء جزءا منه بل بمعنى تعلق حق به كتعلق الأرش بالجاني فيرد النصاب وعليه اخراج زكاته من مال آخر فان أخرج الزكاة منه ثم أراد رده انبنى على المعيب اذا حدث به عيب آخر عند المشتري هل له رده ؟ على روايتين : وانبنى أيضا على تفريق الصفقة فان قلنا يجوز جاز الرد ههنا وإلا لم يجز ومتى رده فعليه عوض الشاة المخرجة تحسب عليه بالحصة من الثمن والقول قوله في قيمتها مع يمينه اذا لم تكن بينة لأنها تلفت في يده فهو أعرف بقيمتها ولأن القيمة مدعاة عليه فهو غارم والقول في الأصول قول الغارم وفيه وجه آخر أن القول قول البائع لأنه يغرم الثمن فيرده والأول أصح لأن الغارم لثمن الشاة المدعاة هو المشتري فان أخرج الزكاة من غير النصاب فله الرد وجها واحدا

فصل : فان كان البيع فاسدا لم ينقطع حول الزكاة في النصاب وبني على حوله الاول لأن الملك ما انتقل فيه إلا أن يتعذر رده فيصير كالمغصوب على ما مضى

فصل : ويجوز التصرف في النصاب الذي وجبت الزكاة فيه بالبيع والهبة وأنواع التصرفات وليس للساعي فسخ البيع وقال أبو حنيفة : تصح إلا أنه اذا امتنع من اداء الزكاة نقض البيع في قدرها وقال الشافعي : في صحة البيع قولان

أحدهما : لا يصح لأننا إن قلنا إن الزكاة تتعلق بالعين فقد باع مالا يملكه وإن قلنا تتعلق بالذمة فقدر الزكاة مرتهن بها وبيع الرهن غير جائز

ولنا أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها متفق عليه ومفهومه صحة بيعها اذا بدا صلاحها وهو عام فيما وجبت فيه الزكاة وغيره ونهى عن بيع الحب حتى يشتد وبيع العنب حتى يسود وهما مما تجب الزكاة فيه ولأن الزكاة وجبت في الذمة والمال خال عنها فصح بيعه كما لو باع ماله وعليه دين آدمي أو زكاة فطر وإن تعلقت بالعين فهو تعلق لا يمنع التصرف في جزء من النصاب فلم يمنع بيع جميعه كارش الجناية وقولهم : باع ما لا يملكه لا يصح فان الملك لم يثبت للفقراء في النصاب بدليل أن له اداء الزكاة من غيره ولا يتمكن الفقراء من الزامه أداء الزكاة منه وليس برهن فان أحكام الرهن غير ثابتة فيه فاذا تصرف في النصاب أخرج الزكاة من غيره وإلا كلف اخراجها وإن لم يكن له كلف تحصيلها فان عجز بقيت الزكاة في ذمته كسائر الديون ولا يؤخذ من النصاب ويحتمل أن يفسح البيع في قدر الزكاة وتؤخذ منه ويرجع البائع عليه بقدرها لأن على الفقراء ضررا في اتمام البيع وتفويتا لحقوقهم فوجب فسخه لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [لا ضرر ولا ضرار] وهذا أصح ." (١)

" هلال الثمر المبيع

مسألة : قال : وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الفصل الأول : أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد بن الأنصاري و مالك و أبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وبه قال الشافعي في القديم وقال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد : هو من ضمان المشتري لما [روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه و سلم : تألى فلان أن لا يفعل خيرا] متفق عليه ولو كان واجبا لأجبره عليه لأن

---

(١) المغني، ٥٣٤/٢

التخلية يتعلق بها جاوز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره

ولنا ما روى مسلم في صحيحه عن جابر [أن النبي صلى الله عليه و سلم أمر بوضع الجوائح] وعنه قال [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : إن بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا لم تأخذ مال أخيك بغير حق] ؟ ورواه مسلم و أبو داود ولفظه [من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟] وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي : لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده ولو كنت قائلا بوضعها لوضعها في القليل والكثير قلنا : الحديث ثابت رواه الأئمة منهم الأمام أحمد و يحيى بن معين و علي بن جرب وغيرهم عن ابن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحة و أبو داود في سننه و ابن ماجة وغيرهم ولا حجة لهم في حديثهم فإن فعل الواجب خير فإذا تألى أن لا تفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيرا فأما الإجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه و سلم بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع ولا حضور ولأن التخلية ليست بقبض تام بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة

الفصل الثاني : أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش لما روى الساجي بإسناده عن جابر [أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في الجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل وفي الريح] وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه و سلم فيجب الرجوع إليه وأما ما كان بفعل آدمي فقال القاضي : المشتري بالخيار بن فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة

الفصل الثالث : أن ظاهر الذهب أن لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه قال أحمد : إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما الثلث ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع وفيه رواية أخرى أن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك و الشافعي في القديم لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة

والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع منها الوصية وعطايا المريض وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث قال الأثرم قال أحمد : إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه و سلم في الوصية : [الثلث والثلث كثير] فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به ووجه الأول عموم الأحاديث فإن النبي صلى الله عليه و سلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع وإن كان قليلا كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذهب فإن تلف الجميع بطل العقد ويردع المشتري بجميع الثمن وأما على الرواية الأخرى فإنه يعتبر ثلث المبلغ وقيل ثلث القيمة فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما أتلف فالقول قول البائع لأن الأصل السلامة ولأنه غارم والقول في الأصول **قول الغارم**

فصل : فإن بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى اجتيحت فقال القاضي : عندي لا يوضع عنه لأنه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها كالمسألة فيها

فصل : إذا استأجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا لأن المعقود عليه ومنافع الأرض ولم تتلف وإنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها ." (١)

" الاختلاف في الثمن وأيهما يبدأ باليمين

مسألة : قال : وإذا باع شيئا واختلفا في ثمنه تحالفا فإن شاء المشتري أخذ بعد ذلك بما قال البائع وإلا انفسخ البيع بينهما والمبتدئ باليمين البائع

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة

الفصل الأول : إنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع : بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولأحدهما بينه حكم بها وإن لم يكن لهما بينة تحالفا وبهذا قال شريح و أبو حنيفة و الشافعي

---

(١) المغني، ٤/٢٣٣

و مالك في رواية وعنه القول قول المشتري مع يمينه وبه قال أبو ثور و زفر : لأن البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن إمامنا رحمه الله وروي ابن مسعود [عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع] رواه سعيد و ابن ماجة وغيرهما والمشهور في المذهب الأول ويحتمل أن يكون معنى القولين واحدا وأن القول قول البائع مع يمنيه فإذا حلف فرضي المشتري بذلك أخر به وإن أبي حلف أيضا وفسخ البيع بينهما لأن بعض ألفاظ حديث ابن مسعود [أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا] ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإن البائع يدعي عقدا بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقدا بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمن في حقهما وهذا الجواب عما ذكروه

الفصل الثاني : أن المبتدئ باليمن البائع فيحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين وإنما اشتريته بعشرة وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يبتدئ بيمين المشتري لأنه منكر واليمن في جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم [فالقول ما قال البائع] وفي لفظ [فالقول ما قال البائع والمشتري بالخيار] رواه الإمام أحمد ومعناه إن شاء أخذ وإن شاء حلف ولأن البائع أقوى جنبه لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينها أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فيهما سواء

الفصل الثالث : أنه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن الميمين قضي عليه وإن نكل البائع حلف المشتري وقضي له وإن حلفا جميعا لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لأنه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه لكن إن رضي أحدهما بما قال صاحبة أقر العقد بينهما وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر الكلام أحمد ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم إمضائه في الحكم فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم : [أو يترادان البيع] وظاهره استقلالهما بذلك وفي القصة أن ابن مسعود رضي الله عنه باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الإمارة فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفا قال الأشعث : اشتريت منك بعشرة آلاف فقال

عبد الله : [سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع أو يترادان البيع] قال : فإني أرد البيع رواه سعيد بن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود وروى أيضا حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك] وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار إليه فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق وإذا فسخ العقد فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ نفذ ظاهرا وباطنا لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر أو الباطن كالفسخ باللعان وقال أبو الخطاب : إن كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد في الباطن لأنه كان يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لأنه غاصب فإن كان المشتري ظالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولهم وجه ثالث أنه لا يفسخ في الباطن بحال وهذا فاسد لأنه لو علم أنه لم ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فإنه لا يباح لكلك واحد منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهرا أو باطنا فانفسخ بنفسه في الباطن كالرد بالعيب ويقوي عندي أنه إن فسخه الصادق منها انفسخ ظاهرا وباطنا لذلك وإن فسخ الكاذب عالما بكذبه لم ينفسخ بالنسبة إليه لأنه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما ردع إليه لأنه رجع إليه بحكم الشرع من غير عدوان منه فأشبه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

مسألة : قال : فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها إلا أن يشاء المشتري أن يعطي الثمن على ما قال البائع فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة

وجملته أنهما إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان إحداهما : يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى : القول قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر وهذا قول النخعي و الثوري و الأوزاعي و أبو حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث : [والسلعة قائمة] فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في شعرة زائدة الباع يدعيها والمشتري بنكرها والقول قول المنكر وتركنا

هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس ووجه الرواية الأولى عموم قوله : [إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار] وقال أحمد : ولم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هارون قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا هذه الكلمة ولكنها في حديث معن ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلة وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم تركناه للحديث قلنا ليس في الحديث تحالفا وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار قال ابن المنذر : وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعيده الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس لعيه بل ثبت الحكم بالبينة فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى فإذا تحالفا فإن رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخ وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسه كما له ذلك في حال بقاء السلعة يرد اثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فإن كنا م جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كنت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه لأنه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع لأن الحاصل بذل كالرجوع إلى ما ادعاه المشتري وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمن ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم والقول قول الغارم

فصل : ون تقابلا المبيع أو رد بعيب بعض قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدرة فالقول قول الباع لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفسخا العقد فأشبه ما لو اختلف في القبض

فصل : وإن قال : بعتك هذا العبد بألف فقال : بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي : يتحالفان لأنهما اختلفا في أصل عضوي العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن ولنا أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله بيمينه كما لو ادعى شراءه منفردا

فصل : وإن اختلفا في عين المبيع فقال : بعتك هذا العبد قال : بل بعتني هذا الجارية فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه لأن كل واحد منهما يدعي عقدا على عين ينكرها المدعي عليه والقول قول المنكر فإن حلف البائع ما بعتك هذه الجارية أقرت في يده إن كانت في يده وردت عليه إن كان

مدعيها قد قبضها وأما العبد فإن كان في يد البائع اقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لأنه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن إليه لأنه لم يصل إليه المعقود عليه وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لأنه لم يعترف أنه لم يشتره وليس للبائع طلبه إذا بدل له ثمنه لاعترافه ببيعه وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لأنه تعذر عليه الوصول إلى ثمنه فلم كالفسخ كما لو أفلس المشتري وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه العقدان لأنهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدها البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر وإن أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر يثبت ما قامت عليه البنية دون ما لم تقم عليه ." (١)

" فصل : وإذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب

فصل : إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة لأحدهما فالقول **قول الغاصب** لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة كما لو ادعى عليه دينا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك : كان كاتبا أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك فإن شهدت له البينة بالصفة ثبتت وإن قال الغاصب : كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك والقول **قول الغاصب** في قيمته على كل حال وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت زيادته فقال المالك : زادت قبل تلفه وقال الغاصب : إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول **قول الغاصب** لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدنا العبد معيبا فقال الغاصب : كان معيبا قبل غصبه وقال المالك : تعيب عندك فالقول **قول الغاصب** لأنه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير وإن غصبه خمرا ثم قال صاحبه : تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لأن الأصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة وإن اختلفا في رد المغصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لأن الأصل عدم ذلك واشتغال الذمة به وإن اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول **قول الغاصب** لأنه أعلم بذلك وتتعذر إقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببدله لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبدا فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لأنه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثا فقال : بل عتيقا فالقول **قول الغاصب** لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه ." (٢)

"أو كونه في ريح عاصف ضمن وكذلك إن سقى أرضه فتعدى إلى حائط آخر فصل

---

(١) المغني، ٢٨٧/٤

(٢) المغني، ٤٣٨/٥

وإن أطارت الريح إلى داره ثوبا لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها كاللقطة فإن عرف صاحبها لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه كاللقطة إذا ترك تعريفها وإن دخل طائر داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه فإن أغلق عليه بابا ليمسكه ضمنه لأنه أمسكه لنفسه فضمنه كالغاصب فإن لم ينو ذلك لم يضمنه لأنه يملك التصرف في داره فلم يضمن ما فيها فصل

إذا اختلف المالك والغاصب في تلف المغصوب فالقول **قول الغاصب** مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف ويلزمه البدل لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فوجب بدلها كما لو أبق العبد المغصوب وإن اختلفا في قيمة المغصوب فالقول **قول الغاصب** لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة المختلف فيها فأشبه من ادعى عليه بدين فأقر ببعضه وجحد باقيه وإن قال المالك كان كاتبا قيمته ألف وقال الغاصب كان أميا قيمته مائة فالقول **قول الغاصب** لما ذكرناه وإن قال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة

---

(١) ".

"وقال المالك لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المالك لأن الأصل عدم السرقة وإن غصبه طعاما فقال كان عتيقا وأنكره المالك فالقول **قول الغاصب** لان الأصل براءة ذمته من الحديث ويأخذ المغصوب منه العتيق لأنه دون حقه وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب هل هي للغاصب أو للمالك فهي للغاصب لأنها والعبد في يده فكان القول قوله فيها وإن غصبه خمرا فقال المالك استحالت خلا فأنكره الغاصب فالقول **قول الغاصب** لأن الأصل عدم الاستحالة فصل

إذا اشترى رجل عبدا فادعى رجل أن البائع غصبه إياه فأنكره المشتري وصدقه البائع حلف المشتري والعبد له وعلى البائع قيمته ولا يملك مطالبة المشتري بالثمن لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من قيمته أو ثمنه لأنه يدعي القيمة والمشتري يقر بالثمن فيكون له أقلهما وللمالك مطالبة المشتري لأنه مقر بالثمن للبائع والبائع يقر به لمالكه فإن قلنا بصحة تصرف الغاصب فله مطالبته بجميع الثمن وإن قلنا لا يصح فله أقل الأمرين لما تقدم وإن صدقه المشتري فأنكره البائع حلف البائع وبرئ ويأخذ المدعي عبده لما روى سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به وإن كان المشتري أعتق العبد فصدق البائع والمشتري الغاصب غرم أيهما شاء قيمته ويستقر الضمان

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/٤١٣

(١) ".

"وإن قال أعرتني أو أجرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل **قول الغاصب** .. (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) صفة القبض والأصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان للأثر ويقبل قول الراكب في قيمتها وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة والأجر بقدر قيمتها فالقول قول المالك بغير يمين في الأصح وإن كان ما يدعيه المالك أكثر فالقول قوله فإذا حلف استحق ما حلف عليه (وإن قال أعرتني أو آجرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك) كما لو اختلفا في ردها (وقيل **قول الغاصب**) لأن المالك يدعي عليه عوضا الأصل براءة ذمته منه ولأن الظاهر في اليد أنها بحق فقبل قوله وفي الشرح أن الدابة إذا كانت قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته وكذا إن كانت تالفة فادعى الراكب العارية لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك

فرع إذا قال أودعتني قال بل غصبتني فوجهان وإن قال أودعتك قال بل أعرتني صدق المالك إن حلف وعليه أجرة ما انتفع به

١-

(٢) ".

"وإن اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أوصناعة فيه فالقول **قول الغاصب** وإن اختلفا في رده أو عيب فالقول قول المالك .... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي وله الوطء نقله المروذي فعلى هذا إن أراد التخلص من شبهة بيده اشترى في ذمته ثم ينقد من مال الشبهة ولا يشتري بعين المال قاله القاضي وابن عقيل وذكره عن أحمد

فرع لو دفع المال مضاربة فربحه على ما ذكرنا وليس على المالك شيء من أجر العامل لأنه لم يأذن فيه ثم إن كان المضارب عالما بالغصب فلا أجر له لتعديه بالعمل و إن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لأنه استعمله بعوض لم يسلم له فلزمته أجرته كالعقد الفاسد

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤١٤/٢

(٢) المبدع، ١٤٩/٥

(وإن اختلفا في قيمة المغصوب او قدره) بأن قال غصبتك ثوبا قال بل ثوبين (أو صناعة فيه) بان قال المالك كان كاتبا أو ذا صنعة (فالقول **قول الغاصب**) لأن الأصل براءة الذمة فلا يلزمه ما لم تقم عليه حجة كما لو ادعى عليه دينا فأقر بعضه (وإن اختلفا في رده أو عيب) بأن قال كانت فيه أصبع زائدة أو نحوها (فالقول قول المالك) لأن الأصل عدم الرد والعيب فلو زادت قيمة المغصوب واختلفا في وقت الزيادة قدم **قول الغاصب** لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدت البينة المغصوب معيبا فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تغيب عندك قدم **قول الغاصب** لأنه غارم والظاهر أن صفة العبد لم تتغير وقبل قول المالك كاختلاف المتبايعين في حدوث العيب

مسألة لو اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لأنها في يده ولم تثبت أنها لمالك العبد

١-

". (١)

"رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ١٢٢

اختلاف الزوجين في مقدار الصداق ولا بينة:

٥٨ . مسألة: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة على مبلغه ففيه روايتان نقلهما مهنا.

إحداهما: القول قول الزوج مع يمينه سواء كان يدعيه مهر المثل أو أقل أو أكثر.

قال في رواية مهنا: إذا اختلفا في المهر ولا بينة على مبلغه يستحلف قيل: إن شاء يقول لها صداق مثلها قال: لعل صداق مثلها يكون أقل أو أكثر ولكن يستحلف فقد نص على أن القول قوله بكل حال لأنه غارم والقول في الأصول **قول الغارم** مع يمينه.

والرواية الثانية: إن كان مهر مثلها ما يدعيه الزوج أو أقل فالقول قوله مع يمينه وإن كان مهر مثلها ما ادعت هي أو أكثر فالقول قولها وإن كان أقل مما ادعت هي أو أكثر مما ادعى الزوج رجع إلى مهر المثل. هذا ظاهر كلامه في رواية مهنا في اللفظ الآخر إذا قالت صداقي ألفين وقال الزوج: صداقها ألف ولم يكن بينة نظر إلى صداق نسائها، قيل له: فإن ناسا يقولون: القول قول الزوج ويحلف قال: لا، وهذه الرواية اختيار الخرقي وهي أصح لأن اختلافهما في التسمية يمنع ثبوت التسمية لأنا لا نصدق واحدا منهما على صحبه

---

(١) المبدع، ٥/١٨٨

وعقد النكاح إذا عرى عن التسمية وجب الرجوع إلى مهر المثل فأيهما ادعى مقدار مهر المثل فالظاهر معه فيجب أن يكون القول قوله لأنه مدعى عليه والآخر مدعي فإذا كان مهر مثلها أقل كما ادعت هي أو أكثر مما ادعى الزوج فليس مع أحدهما ظاهر نصير إليه فجيب الرجوع إلى مهر المثل لأن العقد إذا عرى عن التسمية وجب الرجوع فيه إلى مهر المثل.

رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ١٢٣

الذي بيده عقدة النكاح:

٥٩ . مسألة: في الذي بيده عقدة النكاح.

فنقل ابن منصور : إذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفى أبوها عن نصف الصداق فلا أرى عفوه إلا جائزا وظاهر هذا أن الذي بيده عقدة النكاح الولي لأنه قد أجاز عفوه عن نصف الصداق.

ونقل أبو طالب وأبو الحارث : أن عفو الولي لا يصح.

___." (١)

"قال أبو بكر : القول قول المجني عليه وقال شيخنا أبو عبد الله القول قول الجاني ولا فرق بين أن تكون الجناية على أعضاء ظاهرة كاليدين والرجلين أو على أعضاء باطنة كالذكر والخصيتين ونحو ذلك مما لا يطهر. ويمكن أن يقال: أصل اختلافهم في المتبايعين إذا اختلفا في العيب الحادث فقال البائع: حدث بعد العقد وقال المشتري: حدث قبل العقد ففيه روايتان: أحداهما: القول قول المشتري.

والثانية: القول قول البائع.

ولكن توجه المسألة إذا كان ذلك الاختلاف في الأعضاء الظاهرة فمن قال: القول قول الجاني فوجهه أن الأصل براءة الذمة وكان القول قوله وإن كان يدعي عليها بتعذر إقامة البينة عليه ألا ترى أنه لو ادعت امرأة على رجل أنه وطئها بشبهة فأنكر كان القول قوله وإن كان مما يتعذر إقامة البينة، كذلك هاهنا ولأن الجاني غارم والقول في الأصول **قول الغارم**. ومن قال قول المجني عليه فوجهه أن الأعضاء تخلق سليمة في الأصل في غالب العرف والعادة والنادر ما لم يكن سليما فكان القول قول من يدعى السلامة ولأن الأصول موضوعة على أن في جنبه أقوى المتداعين سببا بدليل أنهما لو تداعيا دارا لإحداهما عليها يد القول قول من الدار في يديه لأن جنبته أقوى كذلك هاهنا جنبة المجني عليه لأن الأصل السلامة.

رقم الجزء: ٢ رقم الصفحة: ٢٦٨

---

(١) المسائل الفقهية، ٣٦١/١

المقتص يقطع عضوا غير المماثل:

___." (١)

"الرواية الثانية فانه يعتبر ثلث الثمرة وقيل ثلث القيمة، فان تلف الثلث فما زاد رجع بقسطه من الثمن وان كان دونه لم يرجع بشئ، وان اختلفا في الجائحة أو قدر التالف فالقول قول البائع لان الاصل بالسلامة، ولانه غارم والقول في الاصول **قول الغارم**." (٢)

"أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاخر ادعى الراكب انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقمول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فإذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا (مسألة) (وان قال أجرتني أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقبل **قول الغاصب**) إذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته وكذلك ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب العارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضا الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها ولنا ما قدمنا في المسألة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك الراكب وههنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها إلى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر، فان قال المالك غصبتها وقال الراكب أجرتنيها

فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لا تفاقهما على استحقاقه وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائدا عن المسمى لم يستحقه الا باليمين وجها واحدا والله أعلم." (٣)

---

(١) المسائل الفقهية، ١/٤٩١

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤/٢٦٤

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٣٧٣

"ويسقط عنه في العقد وان كان دفعه إلى الغاصب رجع به وان تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تضمين من شاء منهما قيمتها فان ضمن المستأجر رجع بذلك على الغارم لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان ضمن الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر علم بالغصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر اللغاصب دون صاحب الدار وهو فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء (مسألة) (وان اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول **قول الغاصب**)

إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة فالقول **قول الغاصب** لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه دينا فأقر ببعضه وكذلك ان اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك ان قال المالك كان كاتبا أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله لذلك فان شهدت البينه بالصفة ثبتت (مسألة) (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك) لان الاصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب وان قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبغ زائدة أو عيب." (١)

"وأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب بعد تلفه فالقول **قول الغاصب** لان الاصل براءة ذمته وان شاهدنا العبد معيبا فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول **قول الغاصب** لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فان فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا، وان غصبه خمرا فقال المالك تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لان الاصل عدم تغيره وبراءة ذمة الغاصب، وان اختلفا في تلفه فالقول **قول الغاصب** إذا ادعى التلف لانه أعلم بذلك ويتعذر اقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببدله لانه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبدا فابق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه، وان قال غصبت مني حديثا قال بل عتيقا فالقول **قول الغاصب** لان الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه، وان اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لانها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد (مسألة) (وان بقيت في يده

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٤٤٢

غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة) لانه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوباها لا ربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولان قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض الغصب احالهم بثواب الصدقة." (١)

""""""""" صفحة رقم ٦٩ """""""

ثم يقضي عليه ببدلها) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادعى خلافه ، ونظيره إذا طولب بثمن المبيع فادعى الإفلاس وقد مر في الحجر ، فإذا حبس المدة المذكورة قضي عليه بالبدل لما مر .

قال : (والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه) لأنه ينكر بالزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضي بها لأنها حجة ملزمة . قال : (فإذا قضي عليه بالقيمة ملكه مستندا إلى وقت الغصب) لأنه قابل النقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتبعية (ولا تسلم له الأولاد) لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ، ولا تكون أكسابهما مدبرا ومكاتبا .

قال : (فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادعى هذا القدر (وإن ضمنها بيمنيه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه ما رضي به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر وقيمته مثل ما ضمن أو أقل ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادعاه فيثبت له الخيار .

قال : (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب . وصورته : أنه من سكن دارا غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار ، لمحمد أنه تحققت اليد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين في محل واحد من زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كل حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل يتعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول المبيع في ضمان المشتري . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام : ' من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين ' والنبي (صلى الله عليه وسلم)

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٤٣/٥

ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولو وجب لذكره ، ولأن هذا تصرف في المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذي كانت يد المالك ثابتة عليه ، والتصرف في المالك لا يوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك ، ولأن مالا يجب القطع بسرقته لا يتعلق به ضمان الغصب كالحر . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه وجد منه النقل." (١)

"الميت إذا برهن فإنه يحلف كما وصفنا وهي في الخلاصة

ولا خصوصية لدعوى الدين بل في كل موضع يدعي حقا في التركة وأثبته بالبينة فإنه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى كذا في الولوالجية

ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي أن يحلف احتياطا

الثانية المستحق للمبيع بالبينة للمستحق عليه تحليفه بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرجت العين عن ملكه بوجه من الوجوه كما في جامع الفصولين من فصل الاستحقاق

الثالثة يحلف مدعي الآبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة كما في إباق فتح القدير

وفي منية المفتي الصبي العاقل المأذونه (((المأذون))) له يستحلف ويقضى عليه بنكوله ولا يستحلف الأب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم والمتولي في مال الوقف

وتحليف الأخرس أن يقال له عليك عهد الله وميثاقه أنه كان كذا فيشير بنعم

ادعى على آخر دينا مؤجلا فأنكر لا يحلف في أظهر القولين

ادعى على عبد محجور حقا يؤاخذ به بعد العتق فإن أنكر يحلف اه

وفي خزانة المفتين من عليه دين مؤجل وأراد أن يحلفه عند القاضي ينبغي للمدعى عليه أن يسأل القاضي أن المدعي يدعي نسيئة أم حالة فإن قال حالة يحلف بالله ما له على هذه الدراهم التي يدعيها ويسعه ذلك اه

وفي المحيط ذكر محمد في الاستحلاف لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب ما أدري ما قيمته ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ويجبر على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة فإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه في الزيادة فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب مائة فإذا أخذ ثم ظهر الثوب فالغاصب بالخيار إن شاء

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٦٩/٣

رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه وإن شاء رد الثوب وأخذ القيمة وهذه من خواص هذا الكتاب وغرائب مسائله فيجب حفظها اه

بلفظه

قوله (ولا ترد يمين على مدع) لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء

وفي البزازية برهن على دعواه فطلب من القاضي أن يحلف المدعي أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون في الشهادة لا يجيبه

قال علامة خوارزم الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد فإن قول الشاهد أشهد يمين لأن لفظ اشهد عندنا وإن لم يقل بالله يمين فإذا طلب منه الشهادة في مجلس القضاء فقال أشهد فقد حلف ولا يكرر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود

وفي التحليف تعطيل الحقوق وأن الشاهد إذا علم أن القاضي يحلفه بالمنسوخ له الامتناع عن أداء الشهادة لأنه لا يلزم عليه ومن أقدم على الشهادة الباطلة يقدم على الحلف أيضا غالبا لترويج الباطل وإذا لم يحلف ورد شهادته فقد ظلم بخلاف اليمين في باب اللعان لأن كلمات اللعان جارية مجرى الحد فناسب التغليظ اه

وفي الواقعات الحسامية قبيل الرهن وعن محمد من قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت أنها لك علي أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرطا فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي اه

وفي القنية لو أن ذا اليرى (((اليد))) طلب من القاضي استحلاف المدعي ما تعلم أني بنيت بناء هذه الدار لا يجيبه القاضي اه

". (١)

"الصلح كالاستيفاء وليس له الأمران في النفس والإمام كالأب لا الوصي وصلح المولى عن عبده القاتل عمدا مع أحد الورثة على دفع النفس (((نفس))) العبد يوجب شركة البقية أو الفداء وصلحه

---

(١) البحر الرائق، ٧/٢٠٤

عن أمته القاتلة خطأ مع أحدهما (((أحدهم))) على دفع ولدها الحادث اختيار من المولى للفداء فترجع البقية عليه بحصتهم من الدية وصلحه مع القاطعة يده عمدا على أن يتزوجها صحيح إن لم يمت منها فإن مات بطل وعليها الدية في مالها ولها مهر المثل وإن خطأ فعلى عاقلتها ولا ترث منه وصلحها مع زوجها الجارح لها عمدا على أن يخلعها صحيح إلا إذا ماتت فعليه الدية ولا شيء له من مهر المثل وعلى أن يطلقها كذلك والطلاق رجعي

وصلح المكاتب القاتل عمدا على شيء صحيح إن لم يرد في الرق وإن رد بطل المال عنه إلا إذا أعتق ولو كان به كفيل أخذ للحال

ولو كان للمقتول وليان فصالح المكاتب أحدهما ثم عجز تأخر نصيب المصالح إلى عتقه ولغيره مطالبة المولى بالدفع بحصته أو بالفداء وصلح المأذون القاتل عمدا عن نفسه غير صحيح وعن عبده صحيح وسقط القود في الكل وتأخر في الأول إلى ما بعد العتق (والصلح عن الحدود لا يصح) ولو عن حد القذف ولو عن الإبراء عنه بخلاف صلحه بعد دعوى السرقة عليه على أن أبرأه عنها فإنه صحيح وعلى أن يقر له بها فأقر فإن كانت العين قائمة تتعين بالتعيين فالصلح جائز وإن كانت مستهلكة أو دراهم لا تتعين فباطل إن كان المسروق دراهم وإن اختلف الجنس فصحيح ولو في حالة الاستهلاك وصلحه بعد دعواها أن هذا ولده لتتركها باطل كصلح رجل مع من تعدى على طريق العامة كبناء ظلة إلا إذا كان إماما بخلاف الطريق الخاص ولا يسقط به حق الباقين إلا برضاهم

(وجاز الصلح عن دعوى النكاح) سواء كان هو المدعي أو هي ولو صالحها على أن تقر به جاز ويجب المال ويكون ابتداء نكاح فيحتاج إلى الشهود (و) صح عن دعوى (الرق وكان) في حق المدعي (عتقا على مال) وفي حق الآخر دفعا للخصومة فصح على جوازه في الذمة إلى أجل كالكتابة ولا ولاء للمدعي إلا أن يقيم بينة بعده فتقبل في ثبوت الولاء لا في كونه رقيقا وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى به كما قدمناه وتصح الكفالة ببدل الصلح هنا بخلافها ببدل الكتابة ولو أقامت بينة بعد صلحها معه على أنه أعتقها قبل الصلح أو أنها حرة الأصل رجعت عليه بما أخذه ولو أقامتها أن فلانا أعتقها قبله لا تقبل

ولا يصح الصلح عن دعوى العتق من العبد على المولى ويصح لو دفع العبد للمولى على إمضاء العتق كما تقدم

وتقبل بينة العبد بعده على العتق والأمة كالعبد وإذا ادعى المكاتب أن مولاه أعتقه قبل الأداء فصالحه على حد (((حط))) النصف من بدل الكتابة ثم أقام بينة أنه كان أعتقه قبل ذلك فالصلح باطل

والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز فلا تقبل بينة الغاصب بعده على أن قيمته أقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب لو تصادقا بعده على أنها أقل (ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) يجوز كالصلح في الأول بعد القضاء بالقيمة

وصلح رب العين مع الغاصب بعد استهلاك آخر على أقل من القيمة صحيح وللغاصب الرجوع على المستهلك بجميع القيمة ويتصدق بالفضل وللمالك صلح المستهلك على الأقل ولا يتصدق بشيء

وصح تأجيل بدل المغصوب المصالح عليه بعد إباقه إذا كان مما لا يتعين إلا إذا كان مكيلا أو موزونا موصوفا مؤجلا فهو فاسد كما لو لم يكن مؤجلا وفارقه قبل التعيين وإن كان بعينه لم يبطل بالافتراق قبل القبض

وإن كان المصالح عنه المغصوب قائما جاز تأجيل بدله مطلقا وكان بيعا

ولو ادعى الغاصب عدم إباقه وأنه في بيته والمولى إباقه ثم صالحه على طعام مؤجل جاز عملا **بقول الغاصب** لكون العوض مستحقا عليه ولدعواه الصحة كشرائه عبدا أقر بحريته نظرا إلى زعم البائع وقبول قوله في مقداره

ولو كان المغصوب مكيلا قائما فالصلح على موزون مؤجل صحيح وعلى مكيل نسيئة لا وإن كان

". (١)

"لأن الإشارة إليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها إلا إذا تأكدت بالنقد منهما

وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يطيب له بكل حال وهو المختار وإطلاق الجواب في الجامعين يدل على ذلك

ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالإشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد في حق الوصف والقدر فيثبت فيه شبهة الحرمة لمالكه بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام

وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف لا يتصدق بشيء منه والوجه ما بينا

---

(١) البحر الرائق، ٢٥٨/٧

وهذا الاختلاف منهم فيما إذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بأن غصب دراهم مثلا وصار في يده من ثمن المغصوب دراهم كان في يده من بدله بخلاف جنس ما ضمن بأن غصب دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالإجماع لأن الربح إنما يتعين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح ولو اشترى بثمن المبيع بيعا فاسدا شيئا وأشار إليه ونقد منه يطيب الربح لأن الثمن صار ملكا بالقبض بتراضيهما ولأنه متى نقض البيع واسترد الثمن يرد مثل الثمن لا عينه ولكن هذا لا يوجب بينهم الخبث في التصرف للحال ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل التناول ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له أن يتصرف في الدنانير لأن الدراهم لو استحقت بعد ما افترقا انتقض البيع في الدنانير فوجب عليها ردها فأما البيع في الطعام لا ينقض باستحقاق الدراهم لأنه يجب عليه رد مثلها لا عينها

ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه لأن بالاستحقاق تبين أن البيع فاسد لأن البيع يتعلق بعين الثوب

ولو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها لأن البيع لا يتعين بتلك الدراهم ولو تزوج بالثوب المغصوب جارية امرأة حل له وطؤها لأن النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر ولو أخذ المالك القيمة **بقول الغاصب** في الجارية المغصوبة لم يحل له وطؤها واستخدامها ولا بيعها إلا إذا أعطاه قيمتها بتمامها لأنها من غير رضا المالك ولهذا لا يملك الفسخ إن ظهرت مستحقة

ولو اعتق الغاصب العبد بعد القضاء عليه بالقيمة الناقصة جاز عنده وعليه تمام القيمة كذا في المحيط مختصرا

قال رحمه الله (وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ وشي وزرع واتخاذ سيف أو أناء لغير الحجرين) لأنه لو لم يملكه بذلك لحقه ضرر وكان ظلما (((ظالما))) والظالم لا يظلم بل ينصف

ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل حتى زال اسمها وعظم منافعها واختلطت بملك الغاصب حتى لا يمكن تميزها أصلازال ملك المغصوب منه وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها

قال في العناية وغيرها وقوله بطحن إلى آخره يعني بفعل الغاصب احترازا عما إذا تغير بغير فعله مثل إن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فإن الغاصب لا يملكه والمالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه مثله

وقوله زال اسمها يحترز عما إذا لم يزل اسمها كما لو ذبح الشاة فإنه يقال شاة حية وشاة (((شاة))) مذبوحة

وقوله عظم (((وعظم))) منافعها تأكيد (((تأكيدا))) يتناول الحنطة إذا طحنها فإنه يزول بالطحن عظم منافعها كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وغير ذلك

قال صاحب العناية وقوله وعظم منافعها تأكيد لقوله زال اسمها والظاهر أنه تأسيس لا تأكيد لأنه احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها فإنه لا يزول بالذبح ملك مالكها كما سيأتي مصرحا به وما ذكره من الطحن وما بعده يحصل به ما ذكرنا في الضابط فيملكها الغاصب إلا الذهب والفضة فإنه لا يمكله (((يملكه))) باتخاذهما أواني أو دراهم أو دنانير عند الإمام لأنها بهذا الفعل لا يزول التمييز

وقال الإمام الشافعي لا ينقطع حق المالك بما ذكر وهي رواية عن أبي يوسف غير أنه إذا أختار أخذ العين لا يضمن النقصان في الربويات لأن الملك نعمة فلا يحصل بالحرام وهو الغصب وصار كما وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد

ولنا أنه لما ستهلك (((استهلك))) العين من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت لذلك والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى أن الصلاة في الأرض المغصوبة لا تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل الأداء كي لا ينفتح باب الغصب ولقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير إذن مالكها أطعموها الأسارى ولو لم

". (١)

"منه شيء وإن رأى القاضي أن يبيع العبد أو الدابة ويمسك الثمن فلو فعل ذلك صح ا هـ

غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فأبقت الجارية يضمن الغاصب الثاني للغاصب الأول لأن للأول أخذها لو كانت قائمة ليتمكن من ردها إلى المالك فيبرأ عن الضمان فإن أخذ القيمة فلا سبيل

---

(١) البحر الرائق، ٨/١٣٠

للمالك عن الغاصب الثاني لأنه خرج عن عهدة الضمان يرد (((برد))) القيمة لأن رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين فإن كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لأنها نزلت منزلة العين فإن كانت هالكة يلزمه الضمان لولي الجارية لأنه بمنزلة ما لو استرد الجارية وهلكت عنده لأنه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها إلى المالك وإن كانت قيمتها ألفا عند الأول فقبضها الثاني وقيمتها ألفان فأبقت من يد الثاني وأخذ الأول من الثاني الفي درهم وهلكت من يد الأول لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم وإنما يضمنه قيمتها يوم الغصب ألف درهم لأن الألف الثانية أمانة في يده لأنها حدثت بعد الغصب الأول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب فإن ظهرت الجارية والقيمة في الأول فالمولى بالخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء أخذ القيمة وإن شاء ضمن الأول قيمتها يوم غصبها منه

أراد بالتضمين أن يأخذ القيمة من الأول برضاه فيكون بمنزلة المبيع منه لأن الجارية لما عادت من الإباق فقد قدر الأول على رد المغصوب والغاصب ما دام قادرا على رد المغصوب ليس للمالك أن يضمنه قيمته إلا برضاه والغاصب الأول لما ضمن الثاني القيمة فقد ملك الجارية منه حكما فصار كما لو غصب الجارية من الثاني بغير أمر المولي فيتوقف البيع على إجازته إن شاء رده وأخذ الجارية وإن شاء أجازه وأخذ بدلها فإذا أخذ المولى الجارية رجع الثاني على الأول بالقيمة لأنه بدل لم يسلم له كذا في المحيط

قال رحمه الله (والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لأن الغاصب منكر والمالك مدع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره في النهاية ثم قال وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل بينة الغاصب ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة يقبل وكان أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة

ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة البينة أسقطها فارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية

قال رحمه الله (وإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لأنه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه ولم يتعرض كثير لقدر الزيادة

وفي المجتبي لو ظهر وقد زادت قيمته دانقا فللمالك ما ذكر من الأحكام

وقوله وقيمته أكثر قيد في هذه المسألة لا في التي بعدها كما سيأتي

قال رحمه الله (وإن ضمنه بيمين الغاصب) فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان

وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه به أو أقل من هذه الصورة وهي ما إذا ضمنه **بقول الغاصب** مع يمنيه (((يمينه)))

قال الكرخي رحمه الله لا خيار له لأنه توفر عليه مالية ملكه بكمالة وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الأصح لأن ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به وكان له الخيار ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لأنها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لأنه غير مقابل به بل بما فات من البدل على ما بينا

قال في المحيط ولو اختلفا في عين المغصوب أو في صفته أو في قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب لأن المالك يدعي عليه زيادة مقدار أو زيادة ضمان وهو منكر فيكون القول للمنكر

ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه لأن المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة وإقرار المقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل ولو قال الغاصب رددت المغصوب عليه وقال المالك لا بل هلك عندك فالقول للمالك لأنه أقر بسبب الوجوب ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة كما لو قال أخذت مالك

". (١)

"أخرى أبدا ورأس المال جميع ما يدفع رب المال والربح يقتسمانه

مضارب اشترط لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فإنه جائز وللمضارب أن ويودع ويبضع ولا يدفع مضاربة إلا أن يقول له اعمل برائك رجل دفع إليه شرح المتن المضارب يدعى الشركة ورب المال ينكر ثم رجع وقال القول قول المضارب لأن حاصل

---

(١) البحر الرائق، ١٣٦/٨

اختلافهما وقع في مقدار المقبوض والقابض أحق بمعرفة مقدار المقبوض ألا ترى إلا أن القول **قول الغاصب** في مقدار المغصوب فهذا أولى

قوله قول رب المال لان العامل يدعي تقويم العمل ورب المال ينكر

قوله فإنه يدفع الخ فرق بين المضارب وبين الوكيل بالشراء إذا كان الثمن منقودا إليه فإنه إذا اشترى شيئا وهلك الثمن المنقود ورجع الوكيل به على الموكل ثم هلك من بعد فإنه لا يرجع عليه بعد ذلك والمضارب يرجع مرة بعد مرة أخرى وفرق في الوكالة بين ما إذا كان الثمن منقودا وبين ما إذا لم يكن فإنه إذا اشترى الوكيل ولم يكن الثمن منقودا وقبض من الموكل وهلك عنده غرم من ماله ولم يرجع به على الموكل وإن كان الثمن منقودا وهلك بعد الشراء رجع الوكيل على الموكل وإنما افترق الفصلان في الوكالة لأن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الأمانة دون الاستيفاء فإذا هلك بعد الشراء فهو دائم على الأمانة ورجع به على الموكل فصار مستوفيا ثم لا يرجع به أما إذا لم يكن الثمن منقودا حتى اشترى ثم قبض فقد استوفى فلا يرجع وأما الفرق بين المضاربة والوكالة أن الضمان لا ينافي الوكالة وبالشراء وجب على الوكيل للبائع الثمن ووجب للوكيل على الموكيل مثل ذلك فيرجع عليه بخلاف الكفيل فإنه لا يطالب الأصيل مالم يطالب ولم يرجع عليه مالم يؤد الدين فإذا استوفى حقه من الموكل حمل قبضه

". (١)

"قوله (ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب بالقيمة والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه) ؛ لأن المالك يدعي زيادة وهو ينكر فالقول قول المنكر مع يمينه قوله (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) ؛ لأن البينة أولى من اليمين قوله (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن ، وقد ضمنها بقول المالك أو بينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك) وهي للغاصب ؛ لأنه ملكها برضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قوله (وإن كان ضمنها **بقول الغاصب** مع يمينه فالمالك بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض) ؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمن أو دونه في هذا الفصل الآخر فكذا الجواب في ظاهر

---

(١) الجامع الصغير- عالم الكتب، ص/٤٢٨

الرواية يعني أن المالك بالخيار ؛ لأنه لم يتم برضاه حيث لم يعط ما يدعيه ، وهذا هو الأصح خلافا لما يقوله الكرخي أنه لا خيار له .." (١)

"(ويصح من حر مكلف) ولو سكران أو مكرها أو مخطئا أو مريضا أو لا يعلم بأنه مملوكه، **كقول الغاصب** للمالك أو البائع للمشتري أعتق عبدي هذا وأشار إلى المبيع عتق، لا من صبي ومعتوه ومدهوش ومبرسم ومغمى عليه ومجنون ونائم، كما لا يصح طلاقهم، ولو أسند لحالة

مما ذكر أو قال وأنا حربي في دار الحرب وقد علم ذلك فالقول له (في ملكه) ولو رقبة كمكاتب، وخرج عتق الحمل إذا ولدته لستة أشهر فأكثر (ولو لاقل صح ولو بإضافته إليه) كإن." (٢)

"كانت العين في يده، فربما يكريها بها في جميع المدة. والثالث: بالاكثر في جميع المدة مطلقا، وهو ضعيف.

فصل زوائد المغصوب، منفصلة كانت، كالولد والثمرة والبيض، أو متصلة، كالسمن وتعلم الصنعة، مضمونة على الغاصب كاأصل، سواء طلبه المالك بالرد، أم لا.

الطرف الرابع : في الاختلاف، وفيه مسائل. الاولى: ادعى الغاصب تلف المغصوب، وأنكر المالك. فالصحيح أن القول **قول الغاصب** مع يمينه، وقيل: قول المالك بيمينه، فعلى الصحيح، إذا حلف الغاصب، هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة ؟ وجهان. أشحهما: نعم. الثانية: اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته، صدق الغاصب لان الاصل براءته، وعلى المالك البينة، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا، أما إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات ففي قول: يقبل ويقوم بالاوصاف، وينزل على أقل الدرجات كالسلم، والمشهور: المنع، للتفاوت. قال الامام: لكن يستفيد المالك بالبينة على الاوصاف إبطال دعوى الغاصب مقدارا حقيرا لا يليق بتلك الصفات، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة، ثم قومه بحقير لا يليق بها، لا يلتفت إليه، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدا يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف. ولو قال المالك: قيمته ألف، وقال الغاصب: بل خمسمائة، وجاء المالك." (٣)

---

(١) الجوهرة النيرة، ٣/٣٢٧

(٢) الدر المختار، ٣/٧٠٤

(٣) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤/١١٨

"ببينة أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير، فقيل: لا تسمع هكذا، والاكثرون سمعوها، قالوا: وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمائة إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه، ولو قال المالك: لا أدري كم قيمته، لم تسمع دعواه حتى يبين. وكذا لو قال الغاصب: أعلم انه دون ما ذكره، ولا أعرف قدره، لم تسمع حتى يبين، فإذا بين حلف عليه. الثالثة: قال المالك: كان العبد كاتبا أو محترفا، فأنكر الغاصب، فالصحيح أن القول **قول الغاصب**، وقيل: قول المالك، لانه أعرف بملكه. ولو ادعى الغاصب به عيبا وأنكر المالك، نظر، إن ادعى عيبا حادثا فقال: كان أقطع أو سارقا، ففي المصدق قولان، أظهرهما: المالك. وإن ادعى عيبا خلقيا، فقال: كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد، فالمصدق الغاصب على الصحيح، لان الاصل العدم، ويمكن المالك البينة. والثاني: يصدق المالك نظرا إلى غلبة السلامة. والثالث: يفرق بين ما يندر من العيوب وغيره. الرابعة: رد المغصوب وبه عيب، وقال: غصبته هكذا، وقال المالك: حدث العيب عندك، صدق الغاصب، قاله المتولي. قلت: وقاله ابن الصباغ أيضا، ونقله في البيان. والله أعلم الخامسة: تنازعا في الثياب التي على العبد، صدق الغاصب، لثبوت يده. السادسة: قال: غصبت داري بالكوفة، فقال: غصبتها بالمدينة، فالقول قول المدعى عليه أنه لم يغصب بالكوفة. وأما دار المدينة، فإن وافقه المدعي عليها، ثبتت، وإلا، فيبطل إقراره بها، لتكذيبه. قلت: ومثله لو قال: غصبت مني عبدا فقال: بل جارية، ونحو ذلك. والله أعلم." (١)

"وعلى من شاء منهما إن صدقاه جميعا. وقرار الضمان على المشتري، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر، فلا يطالب المشتري بالزيادة. ولو مات المعتق وقد كسب مالا، فهو للمدعي، لان المال خالص حق آدمي، وقد توافقوا أنه مستحقه، بخلاف العتق، كذا أطلقوه. قال الامام: وهو محمول على كب يستقل به العبد، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد، فلا يستحقه المدعي، لاعترافه بخلوه عن الاذن. قلت: ولو ادعى الغاصب رد المغصوب حيا وأقام به بينة، فقال المالك: بل مات عندك وأقام به بينة، تعارضت البينتان وسقطتا، وضمن الغاصت، لان الاصل بقاء الغصب. ولو قال: غصبنا من زيد ألفا، ثم قال: كنا عشرة أنفس، وخالفه زيد، قال في البيان: قال بعض أصحابنا: القول **قول الغاصب** بيمينه، لان الاصل براءته مما زاد. والله أعلم.

الباب الثاني : في الطوارئ على المغصوب فيه ثلاثة أطراف.

الأول : في النقص، وهو ثلاثة أقسام. الاول: نقص القيمة فقط، كمن غصب ما يساوي عشرة، فرده بحاله

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤/١١٩

وهو يساوي درهما، فلا شئ عليه، وقال أبو ثور: يلزمه نقص القيمة، ووافقه بعض أصحابنا، وهذا شاذ. القسم الثاني: نقص القيمة والاجزاء، فالجزء الفائت، مضمون بقسطه من قصى القيم من الغصب إلى التلف، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون.." (١)

"(قال : ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع : بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري : بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري) ؛ لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) لما بينا .

sقال (ومن اشترى جارية وتقابضا) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشتري (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري ، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لأنه أعرف بما قبض كما في الغصب) فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول **قول الغاصب** لأنه القابض (وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) في مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري (لما بينا) أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض ، بل هاهنا أولى لأن كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على أن المقبوض كذلك لأن العقد عليهما سبب مطلقا لقبضهما ، ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا أولى .." (٢)

"ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا .

وقال الشافعي : لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر .

ولنا أنه ملك البدل بكماله ، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه ، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر ، نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن .

قال (والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه) لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لأنه أثبته بالحجة الملزمة .

قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) ؛ لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤/١٢١

(٢) العناية شرح الهداية، ٩/٦٨

هذا المقدار .
قال (فإن كان ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة .
ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله أنه لا خيار له ؛ لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا .
s." (١)

"فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع .
وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة .
وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال : لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل ، فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير .
وتقريره القول بالموجب : يعني نعم هو كذلك ، لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه .
قال (والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه) إذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها **قول الغاصب** مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول **قول الغاصب** بل يكون للمالك (لأنه أثبته بالحجة الملزمة) فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته ، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة ، والبينة على النفي لا تقبل .
وقال بعض مشايخنا رحمهم الله : ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام البينة على ذلك قبلت .
وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول : هذه المسألة عدت مشكلة .
ومن المشايخ من فرق." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٨٣
(٢) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٨٥

"فإن كان الأول كما لو ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب ، لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار .

وإن كان الثاني كما لو ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه فله الخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض ، لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة ، فإن قيل : أخذه القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسألة الأولى .

أجاب بقوله (وأخذه دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا ، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه ، بخلاف المسألة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني ما إذا ضمنه **بقول الغاصب** مع يمينه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله : لا خيار له في استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أي ظاهر الرواية (الأصح) لأنه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة ، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار .." (١)

" على المرتهن بأقل من قيمته ومن الدين وإن برئ الراهن عن الدين لما فسد الرهن بالافتراق بخلاف ما لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين حيث يبطل ضمان الرهن قال وإذا اشترى الرجل من آخر سيفا محلى بدينار وقبض السيف ودفع بالدينار رهنا فالحكم ما ذكرنا في المسألة المتقدمة أنه إن هلك الرهن قبل افتراقهما بقي الصرف على الصحة وإن افترقا والرهن قائم بطل الصرف وبقي الرهن مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين وإن حصل الارتهان بالسيف بأن نقد المشتري الدينار وأخذ بالسيف رهنا فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فإن بائع السيف يؤمر برد السيف على مشتري السيف ولا يصير مشتري السيف مستوفيا للسيف بالهلاك ويضمن المرتهن للراهن الأقل من قيمة السيف ومن الرهن كذا في المحيط وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو إناء مصوغ أو فضة تبر كذا في المبسوط وتجوز الحوالة والكفالة بثمن الصرف فإن سلم الوكيل أو المحيل أو المحتال عليه في المجلس قبل افتراق المتعاقدين صح العقد وإن افترق المتعاقدان أو أحدهما وبقي الكفيل أو المحتال عليه بطل الصرف كذا في السراج الوهاج الفصل الخامس في الصرف في الغصب والوديعة رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٨٧

مصوغا من خلاف جنسه عندنا والقول في الوزن والقيمة **قول الغاصب** مع يمينه كذا في المبسوط ثم إذا ضمنه القاضي قيمته من خلاف جنسه صار القلب ملكا له بالضمان فبعد ذلك ينظر إن قبض المغصوب منه القيمة قبل أن يتفرقا بقي التضمين صحيحا بالإجماع وإن تفرقا قبل قبض القيمة فكذلك لا يبطل التضمين عند علمائنا الثلاثة وكذلك إذا اصطلحا على القيمة ولو أخرت القيمة عنه شهرا أجاز عند علمائنا الثلاثة أيضا كذا في الذخيرة وكذلك الرجل يكسر إناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمته من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو أكثر كذا في المبسوط وإذا غصب الرجل من آخر ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار وقبض المائة الدينار قبل أن يتفرقا جاز وإن لم تكن الدراهم في يده وقت الشراء وكذلك إن صالح منها على مائة دينار وقبض مائة دينار قبل أن يفترقا ثم يستوي في هذا أن تكون الدراهم قائمة في منزل الغاصب أو كانت مستهلكة ففي الحالتين جميعا يجوز الشراء بالمائة الدينار إذا قبض المائة في المجلس كذا في المحيط وكذلك لو كان الذي غصبه إناء فضة ثم اشتراه الغاصب من المغصوب منه أو صالحه على جنس حقه أو على خلاف جنس حقه وقبض المغصوب منه البدل قبل أن يتفرقا وأما إن افترقا قبل أن يقبض المغصوب منه المائة الدينار فالشراء لا يجوز قياسا أو استحسانا سواء كان المغصوب قائما أو مستهلكا وأما الصلح فإن كان المغصوب مستهلكا حقيقة بأن أحرقه الغاصب أو حكما بأن كان

". (١)

" الشركة ولكن قد دفعته إليك فأنكر المدعي الدفع والقبض إن كان المدعى عليه أنكر الشركة وكون المال في يده أصلا بأن قال لم يكن بيني وبينك شركة قط وما قبضت منك شيئا بحكم الشركة لا يحلف المدعي على القبض وإن قال المدعى عليه وقت الإنكار ليس في يدي شيء من مال الشركة يحلف المدعي كذا في الفصول العمادية لو ادعى المضارب أو الشريك دفع المال وأنكر رب المال أو الشريك القبض يحلف المضارب والشريك الذي كان المال في يده وإذا ادعى المدعي إيفاء الثمن وأنكر البائع فالقاضي إنما يحلفه إذا طلب المشتري يمينه ولو حلفه القاضي من غير طلبه ثم أراد المشتري تحليفه ثانيا له ذلك ثم إذا حلف البائع أنه لم يستوف الثمن وقال المشتري أنا لم أجئ بالبينة على الإيفاء فالقاضي لا يجبر المشتري على أداء المال بل يمهله ثلاثة أيام بشرط أن يدعي حضور الشهود وأما إذا قال شهودي غيب فيقضى عليه بالمال ولا يمهله كذا في خزانة المفتين ادعى مال الشركة أو المضاربة أو الوديعة فقال رسانيده

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٤٧/٣

أم يقبل قوله مع اليمن ولو حلف رب المال أو المودع أو الشريك الآخر نيافته أم لا يعتبر ذلك ولو ادعى القرض أو ثمن المبيع فقال رسانيده أم لا يقبل قوله ويعتبر يمين البائع والمقرض أنه لم يصل فالحاصل أن في كل موضع كان المال أمانة في يده فالقول قوله في الدفع مع اليمين وكذا البينة بينته وإن كان المال مضمونا عليه فالبينة بينته على الإيفاء ولا يكون القول قوله مع اليمين كذا في الفصول العمادية لو أن رجلا ادعى على رجل أنه استهلك مالي وطلب التحليف من القاضي لا يحلفه وكذا لو قال كان هذا شريكي وقد خان في الربح ولا أدري قدره لا يلتفت إليه وكذا لو قال بلغني أن فلان بن فلان أوصى لي ولا أدري قدره وأراد أن يحلف الوارث لا يجيبه القاضي إلى ذلك وكذا المديون إذا قال قضيت بعض ديني ولا أدري كم قضيت أو قال نسيت قدره وأراد أن يحلف الطالب لا يلتفت إليه قال شمس الأئمة الحلواني الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع قبول الاستحلاف أيضا إلا إذا اتهم القاضي وصي اليتيم أو قيم الوقف ولا يدعي عليه شيئا معلوما فإنه يحلف نظرا للوقف واليتيم كذا في فتاوى قاضي خان رجل ادعى منزلا في يد رجل أنه ملكه غصبه منه وأن ذلك له وملكه وهو يمنعه عن ذلك فقال المدعى عليه إنه وقف على جهة معلومة صار وقفا وعليه اليمين للمدعي إن حلف برئ وإن نكل ضمن قيمته ولا يدفع المنزل إليه وكذا لو أقام المدعى عليه البينة على أنه وقف على جهة معلومة ولم يذكر واقفه لا تندفع عنه اليمين وصار وقفا بإقراره والبينة فضل لا يحتاج إليها هذا إذا قال هو وقف وأما إذا قال وقفته على جهة معلومة وأراد المدعي أن يحلفه يحلف عند محمد رحمه الله تعالى خلافا لهما ولو أراد أن يحلف ليأخذ الدار لا يحلف بالاتفاق والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى كذا في الخلاصة إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبا وأقر الغاصب بذلك ثم اختلفا في قيمته فقال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب ما أدري ما كانت قيمته ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ويؤمر بالبيان وإن لم يبين يحلف الغاصب على ما ادعاه المغصوب منه من الزيادة فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه ذكر في كتاب الاستحلاف أن المغصوب منه

". (١)

" وقبض منه القميص وقال الخياط هو قميصي أعرتكه فالقول فيه كالقول في الأولى وكذلك الثوب سلم إلى الصباغ كذا في المبسوط وإن لم يقل في مسألة الخياط وغيرها وقبضته منه لا يرد اتفاقا كذا في

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٧/٤

محيط السرخسي ولو كان الثوب معروفا أنه للمقر أو الدابة أو الدار فقال أعرته فلانا وقبضته منه كان القول قوله كذا في المبسوط ولو قال وضعت ثوبي في بيت فلان ثم أخذته لم يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يضمن كذا في محيط السرخسي قال الخياط هذا الثوب لفلان سلمه إلي فلان فادعياه فهو للمقر له أولا ولا يضمن للثاني شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما ضامن كذا في محيط السرخسي في باب الإقرار بمال دفع إليه فلان وهو لآخر رجل قال لآخر أخذت منك هذا الثوب عارية وقال الآخر أخذت مني بيعا فالقول قول الآخذ وهذا إذا لم يلبسه أما إذا لبس وهلك فيضمن كذا في الخلاصة ولو قال لآخر أخذت منك هذه الدراهم وديعة وقال الآخر أخذتها مني قرضا فالقول قول المقر كذا في خزانة المفتين ولو قال أقرضتني ألف درهم وقال الآخر غصبتني فالمقر ضامن لها غير أنها إن كانت قائمة بعينها فللمقر له أن يأخذها كذا في الحاوي إذا قال الرجل لغيره أعرتني هذه الدابة التي في يدي وقال صاحب الدابة ما أعرتك ولكنك غصبتها فإن لم يكن المستعير ركبها فالقول قوله ولا ضمان وإن كان المستعير قد ركبها فهو ضامن وكذلك إذا قال دفعتها إلي عارية أو أعطيتها عارية فلا ضمان عليه وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إن قال أخذتها عارية منك وجحد الآخر فهو ضامن كذا في المحيط رجل قال لآخر قد غصبتك ألف درهم وربحت فيه عشرة آلاف درهم وقال المقر له قد أمرتك به فالقول قول المغصوب منه ولو قال لا بل غصبتني عشرة آلاف كلها القول قول الغاصب كذا في الخلاصة قال لغيره هذه الألف وديعة لك عندي وقال المقر له ليست بوديعة ولي عليك ألف من قرض أو ثمن بيع ثم جحد المقر الدين والوديعة وأراد المقر له أن يأخذ الوديعة قضاء عن الدين الذي يدعي لم يكن له ذلك لأن إقراره الوديعة أولا بطل بالرد ولو قال المقر له ليست بوديعة ولكني أقرضتكها بعينها وجحد المقر القرض كان للمقر له أن يأخذ الألف بعينها إلا أن يصدقه المقر في القرض فحينئذ لا يكون للمقر له أن يأخذ الألف بعينها كذا في فتاوى قاضي خان ولو أقر بألف قرض أو غصب وادعى ثمنا أو قال ثمن عبد أو ادعى ثمن أمة لزمه كذا في الكافي إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن متاع فقال فلان ما كان لي عليه قط ألف درهم من ثمن متاع لكن لي عليه ألف من قرض كان له الألف ولو قال ما كان لي عليه قط من ثمن متاع وسكت ثم ادعى الألف أنه قرض لا يصدق كذا في المحيط وإذا أقر الرجل لفلان علي ألف درهم من ثمن متاع باعنيه إلا أنني لم أقبضه فإنه لا يصدق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصل أم فصل صدقه المقر له في الجهة أم كذبه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بأنه يصدق إذا وصل صدقه المقر له في الجهة أم كذبه فإذا فصل إن كذبه المقر له في الجهة بأن قال لي عليك ألف درهم من قرض فإنه لا يصدق المقر

في قوله لم أقبض ويلزمه المال عندهما وأما إذا صدقه في الجهة بأن قال لي عليك ألف درهم من ثمن متاع بعته وقبضت مني والمقر يقول لم أقبض مفصولا عن إقراره كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولا بأنه لا يصدق كما لو كذبه في الجهة ثم رجع وقال يصدق وصل أم فصل وبه قال محمد رحمه الله تعالى كذا في الذخيرة ولو قال لفلان علي ألف درهم من ثمن هذا العبد وكان العبد في يدي المقر فإن صدقه المقر له فيما أقر لزمه ألف درهم وإن قال المقر له هذا العبد عبدي وإنما بعتك عبدا غيره وأخذ العبد منه

" (١).

" الله تعالى تقبل بينته وترد زيادة القيمة على الغاصب هكذا في غاية البيان شرح الهداية أجمعوا على أنه لو صالحه على عرض جاز سواء كان كثير القيمة أو قليل القيمة وأجمعوا على أنه لو قضى القاضي عليه بالقيمة ثم صالحه على أكثر من قيمته لا يجوز كذا في الخلاصة قال محمد رحمه الله تعالى إذا أبق المغصوب فصالحه مولاه على دراهم مسماة حالة أو إلى أجل جاز ولو صالحه على العبد الآبق على مكيل أو موزون إن كان بعينه أو بغير عينه ولكن قبضه في مجلس جاز وإن كان بغير عينه ولم يقبضه في مجلس لا يجوز كما لو كان مستهلكا حقيقة ولو كان العبد قائما بعينه في يد فصالحه على شيء مما ذكرنا بعينه أو بغير حالا كان أو مؤجلا جاز وكان البيع ولو اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال أحدهما هي آبقة وقال الآخر هي حاضرة كان القول **قول الغاصب** فإن قال هي في يدي جاز الصلح على جميع ما ذكرنا حالا كان أو مؤجلا وإن قال هي آبقة جاز الصلح على الدراهم حالة كانت أو مؤجلة وعلى المكيل والموزون جاز الصلح حالا ولا يجوز مؤجلا كذا في المحيط وإذا غصب ثوبا من رجل فاستهلكه آخر عند الغاصب فصالح صاحب الثوب الأول على أقل من قيمته فهو جائز ويرجع الأول على المستهلك بقيمته ويتصدق بالفضل وأن يصالح الأول ولكنه صالح الثاني على أقل من قيمته جاز ويكون براءة للأول ولا يتصدق الآخر بشيء وإن نوى ما على الآخر لم يكن له أن يرجع على الأول بشيء كذا في الحاوي لو غصب كر حنطة ثم صالحه على دراهم مسماة حالة أو مؤجلة والكر قائم بعينه جاز الصلح وكذا لو صالحه على ذهب مسمى حالا أو مؤجلا وكذلك الصلح على سائر الوزنيات ولو صالحه على كيل مؤجل لا يجوز سواء صالحه على حنطة أو غيرها وإن كان الكر مستهلكا فصالحه على دراهم أو دنانير إن كان إلى أجل لا يجوز وإن كان حالا وقبضه فالصلح جائز وإن افترقا قبل القبض بطل الصلح وإن صارحه على مكيل أو موزون إن

---

(١) الفتاوى الهندية، ٤/١٨٨

كان حالا وقبضه جاز وإن كان إلى أجل إن كان المصالح عليه سوى الحنطة لا يجوز وإن كان المصالح عليه الحنطة جاز وإن صالحه على كر ونصف كر كان باطلا سواء كان الكر قائما أو مستهلكا لمكان الربا كذا في المحيط ولو غصب كر حنطة وكر شعير فاستهلكهما ثم صالحه على كر شعير إلى أجل على إن أبرأه من الحنطة فهو جائز وكذلك إذا كان أحدهما قائما فصالحه عليه على إن أبرأه من المستهلك كذا في المبسوط في المنتقى رجل غصب عروضا وحنطة وشعيرا فصالحه المغصوب منه على ألف درهم إلى سنة قال حصة الحنطة والشعير من الألف باطلة إن كان ذلك مستهلكا ويجوز الصلح في حصة العروض وإن كان قال الغاصب لم تكن الحنطة مستهلكة وقال المغصوب منه كانت مستهلكة فالقول **قول الغاصب** كذا في المحيط ولو غصب مائة درهم وعشرة دنانير فاستهلكهما ثم صالحه منهما على كر حنطة بعينه ثم استحق الكر أو وجد به عيبا فرده رجع بالدراهم والدنانير وإن صالحه على خمسين درهما حالة أو مؤجلة فهو جائز وإن استحقت بعدما قبضها أو وجدها زيوفا أو ستوقة رجع بمثلها ولم ينتقض الصلح وكذلك لو صالحه على وزن خمسين درهما فضة تبرا وكذلك لو غصب مائة مثقال فضة تبر وعشرة دنانير فصالحه على خمسين درهما حالة أو مؤجلة فهو جائز إذا كانت الدراهم مثل الفضة في الجودة وإن كانت خيرا منها لم يجز كذا في المبسوط إذا غصب كر حنطة ثم صالحه على نصف كر حنطة فإن كان الكر المغصوب مغيبا فصالحه على نصف ذلك الكر لا يجوز الصلح سواء كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان جاحدا وإن صالح على نصف كر آخر جاز الصلح مقرا كان أو جاحدا إلا أنه لا يطيب له الفضل فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان الكر

". (١)

"كذا في الكبرى رجل غصب ثوبا أو دابة أو دراهم وهي قائمة بعينها فأبرأه منها صح ويصير الغصب أمانة في يده وكذا إذا أحلله من ذلك برئ الغاصب من الضمان سواء كان قائما أو مستهلكا إن كان مستهلكا فهو إبراء عن الدين وإن كان قائما فهو إبراء عن ضمان الغصب وتصير العين أمانة عند الغاصب كذا في فتاوى قاضي خان رجل قطع غصنا فنبت مكانها آخر لا يبرأ عن الضمان وكذلك لو حصد زرعا أو بقلا فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقطوع كذا في الفصول العمادية وفي فتاوى النسفي غصب من آخر ساجة وأدخلها في بنائه أو غصب من آخر تالة وغرسها في أرضه وكبرت حتى

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٤٢/٤

انقطع حق المالك ثم إن المالك قال للغاصب وهبت لك الساجة والتالة صح وهذا إبراء عن الضمان كذا في المحيط وفي النوازل هشم إبريق فضة لإنسان ثم جاء آخر وهشمه هشما برئ الأول من الضمان وضمن الثاني مثلها وكذلك لو صب ماء على حنطة إنسان فجاء آخر وصب عليها ماء آخر وزاد في نقصانها برئ الأول عن الضمان وضمن الثاني قيمتها يوم صب الثاني كذا في الفصول العمادية إذا كسر إناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه إياه فلا شيء على الكاسر لأن شرط التضمين تسليم المكسور وقد فوت ذلك بالاستهلاك كذا في المحيط رجل غصب شيئا وقبض للحفظ وأجاز المالك حفظه كما أخذ برئ من الضمان ولو أنه انتفع به فأمره بالحفظ لا يبرأ عن الضمان وعلى هذا لو أودع الرجل مال الغير فأجاز المالك يبرأ عن الضمان كذا في الخلاصة ولو غصب من آخر شيئا فغاب المغصوب منه فجاء الغاصب إلى القاضي وطلب منه أن يأخذ منه أو يفرض له النفقة فالقاضي لا يأخذ ولا يفرض له النفقة فإن كان الرجل مخوفا متلافا فرأى القاضي أن يأخذه منه ويبيعه لا بأس به لأن هذا نظر من وجه فكان للقاضي في ذلك رأي كذا في الظهيرية والله أعلم الباب السابع في الدعوى الواقعة في الغصب واختلاف الغاصب والمغصوب منه والشهادة في ذلك أقام بينة على رجل أنه غصب منه جارية حبسته حتى يجيء بها فيردها عليه ذكر أبو اليسر والسرخسي ما ذكر محمد رحمه الله تعالى أن هذه الدعوى والبينة مسموعة أصح لأن الغصب قد يكون بغتة فلا يمكن للشهود معرفة صفتها وقيمتها فيسقط اعتبار علمهم بالأوصاف للتعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب ذكر بكر إن لم تثبت هذه البينة في حق القضاء تثبت في حق إيجاب الحبس كما في السرقة وفي الأقضية هذا كله إذا ادعى أن الجارية قائمة أما إذا قال هي هالكة يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة بالاتفاق وقول محمد رحمه الله تعالى حتى يجيء بها فيردها أي إذا أعاد البينة على عينها يعني إذا اختلفا في عينها بعد الإحضار فإن قال الغاصب ماتت أو أبقت أو بعتها وسلمتها ولا أقدر عليها فإن صدقه المدعي يقضى عليه بالقيمة إن أراد المدعي ذلك وإن كذبه يحبس مدة يغلب على رأي القاضي أنه لو كان قادرا أخرجها ثم يخليه ويقول للمدعي أتريد التلوم على ظهور الجارية أو ضمان القيمة فإن أراد القيمة واتفقا على شيء يقضى بتلك القيمة وإن اختلفا في القيمة فالبينة للمدعي والقول للغاصب مع يمينه فإن نكل فهو كالإقرار فيقضي عليه به وإن حلف أخذ ما أقر به ثم لو ظهرت الجارية إن كان المدعي أخذ القيمة ببينة أو بتصديق الغاصب إياه في دعوى القيمة أو بنكول الغاصب فلا سبيل للمالك عليها وإن أخذ بقول الغاصب ولم يكن راضيا به فيخير إن شاء رد القيمة وأخذ الجارية وإن رضي بالقيمة فالجارية للغاصب قال الكرخي هذا إذا ظهر أن القيمة أكثر مما قاله الغاصب وإن كانت كما قاله فلا سبيل للمالك عليها هكذا

في التمرتاشي وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح هكذا في المبسوط وإذا جاء المغصوب منه يدعي جارية في يد الغاصب وهو ينكر فأقام شاهدين شهد أحدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر أنها جاريته ورثها عن أبيه لم يجز وإن شهد أحدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أو بهبة أو صدقة لم تجز الشهادة وإن شهدا أنها جاريته غصبها إياه هذا

". (١)

" وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز فإن كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب أو أرش جناية وما شابهها فهو للمشتري وإن لم يسلم البيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها وإن أعتقها المشتري لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا فإن أجاز المغصوب منه البيع بعدما أعتق المشتري الجارية جاز البيع وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى هكذا يرويه محمد رحمه الله تعالى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى كذا في المبسوط ولو أن رجلين خاصما رجلا في جارية فأقام أحد المدعيين البينة أن ذا اليد غصب مني هذه الجارية في وقت كذا وأقام المدعي الآخر البينة أن ذا اليد غصب مني هذه الجارية ووقت كذلك وقتا بعد الوقت الأول قال هي للثاني في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى الغاصب قيمتها للأول وفي قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الجارية للأول ولا يضمن الغاصب للثاني شيئا كذا في فتاوى قاضي خان ادعى على عمرو أنه غصب منه جارية مملوكة له فقال عمرو الجارية التي ادعاها أنا اشتريتها منه بمائة درهم وأقاما البينة قبلت بينة عمرو وكذا في جواهر الأخلاطي ادعى جارية في يدي رجل أنها له غصبها صاحب اليد منه ولم تشهد شهود المدعي بالغصب وإنما شهدوا له بالملك فأراد القاضي أن يقضي بالجارية للذي أقام البينة هل يحلفه بالله ما بعت ولا أذنت له فيها قال لا إلا أن يدعي صاحب اليد شيئا من ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يحلفه وإن لم يطلب الخصم ليكون أحكم للقضاء وأبرم وأجمعوا أن من ادعى دينا في التركة فالقاضي يحلفه مع إقامة البينة أنك ما استوفيت الدين ولا أبرأته وإن لم يدع الخصم ذلك وهذه المسألة تشهد لأبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في المحيط ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول للكفيل ولا يصدق واحد

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٣٧/٥

منهما عليه لأن المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يقر بزيادة عشرة وإقرار كل مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل كذا في محيط السرخسي إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في الغصب أو في صفته أو في قيمته فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ولو أقر الغاصب في جميع هذه الوجوه بما ادعى المغصوب منه ثم قال قد رددت ذلك عليك أو رددت ما لزمني من الضمان وقبضته مني لم يصدق على ذلك والقول قول المغصوب منه أنه لم يقبض منه ولم يرد عليه مع يمينه إلا أن يقيم الغاصب بينة ولو أقر الغاصب أنه غصبه ثوبا صحيحا أو عبدا صحيحا وأن المغصوب منه جنى عليه وأحدث ذلك في العبد بفعله فإنه لا يصدق ويضمن ما نقص العبد والثوب بعد أن يحلف المغصوب منه ما فعل ذلك كذا في السراج الوهاج برهن المالك أن قيمة المغصوب كذا والغاصب على أنها كذا فبينة المالك أولى وإن لم تكن للمالك بينة فأراد الغاصب أن يبرهن له ذلك وبرهن المالك فشهد أحدهما أن قيمة الغصب كذا وشهد الآخر على إقرار الغاصب به لا تقبل كذا في الوجيز للكردري ولو قال الغاصب رددت المغصوب عليك وقال المالك لا بل هلك عندك فالقول للمالك كما لو قال أخذت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال ولو أقام الغاصب البينة أنه رد الدابة المغصوبة إلى المالك وأقام المالك البينة أنها نفقت من ركوبه أو أتلفها الغاصب ضمنها الغاصب لأنه لا تناقض ولا تنافي بين البينتين لجواز أنه ردها إليه ثم ركبها بعد الرد ونفقت من ركوبه ولو أقام الغاصب البينة أنه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة أنها نفقت عند الغاصب ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه كذا في محيط السرخسي إن كان المغصوب دارا وأقام صاحبها البينة أن الغاصب هدم الدار وأقام الغاصب بينة أنه ردها ثم انهدمت الدار كانت بينة صاحبها أولى كذا في فتاوى قاضي خان وإذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمة الثوب المغصوب وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينة رب الثوب لما فيها من إثبات الزيادة

". (١)

" والقول **قول الغاصب** مع يمينه إذا لم يكن لرب الثوب بينة لإنكاره الزيادة فإن أقام الغاصب بينة أن قيمة ثوبه كانت كذا لم يلتفت إلى بينته ولا يسقط اليمين بها عنه وإن لم يكن لواحد منهما بينة وأراد رب الثوب أن يحلف الغاصب على ذلك فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك وكذلك إن رضي رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف فتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٣٨/٥

لغوا فإن جاء الغاصب بثوب زطي فقال هذا الذي غصبتكه وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروي أو مروي كان القول **قول الغاصب** مع يمينه ويحلف بالله أن هذا ثوبه الذي غصبته إياه وما غصبته هرويا ولا مرويا فإذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وأبرأت الغاصب من دعوى رب الثوب وإن نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعي فإن شاء أخذه وإن شاء تركه وإن جاء الغاصب بثوب هروي خلق وقال هذا الذي غصبتك وهو على حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبي جديدا حين غصبته فالقول **قول الغاصب** مع يمينه فإن أقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب أنه غصبه جديدا وإن لم يقم واحد منهما بينة وحلف رب الثوب الغاصب فأخذ رب الثوب الثوب ثم أقام البينة أنه غصبه إياه جديدا ضمن الغاصب فضل ما بينهما ذكره هكذا في الأصل قال شمس الأئمة السرخسي هذا إذا كان النقصان يسيرا فإن كان فاحشا فرب الثوب بالخيار إن شاء أخذ الثوب وضمن النقصان وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة ثوبه كذا في المحيط ثوب في يد رجل أقام رجل البينة أنه ثوبه غصبه إياه هذا وأقام الذي في يده الثوب البينة أنه وهبه له قال أقضي به للذي هو في يده وكذلك لو أقام البينة على البيع منه بثمن مسمى أو على إقراره أنه ثوبه وإن كان في أيديهما جميعا فأقام كل واحد منهما البينة أنه ثوبه غصبه الآخر إياه قضيت به بينهما نصفين فإن أقام رجل البينة أنه ثوبه استودعه الميت الذي هذا وارثه وأقام آخر البينة أنه ثوبه غصبه إياه الميت قضيت به بينهما وإن جاء بالبينة على دراهم بعينها أنها ماله غصبهما إياه الميت فهو أحق بها من غرماء الميت كذا في المبسوط ولو ادعى رجل أن الثوب له وأن صاحب اليد غصبه منه وأقام على ذلك بينة وأقام رجل آخر بينة أن صاحب اليد أقر له بهذا الثوب فإنه يقضي به للذي أقام البينة أن الثوب له كذا في المحيط وإذا قال الرجل لآخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ما غصبتها ولكن غصبتك الظهارة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه ثم إذا حلف يضمن قيمة الظهارة كذا في المبسوط وإن قال غصبت منك الجبة ثم قال الحشو لي أو البطانة لي أو قال غصبتك الخاتم والفص لي أو هذه الدار والبناء لي أو هذه الأرض والأشجار لي لم يصدق في الكل كذا في الوجيز للكردري وإن قال غصبت هذه البقرة من فلان ثم قال ولدها لي قبل قوله كذا في المحيط ولو أقام المالك البينة أنه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه مات عند المالك فبينة المالك أولى ولو شهدوا أنه غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب أنه مات في يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة لأن موته في يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم لأنه لا يفيد الرد إنما يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت بينته أولى ولو أقام المالك البينة أن الغاصب غصبه يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر

بمكة هو أو العبد فالضمان واجب على الغاصب كذا في محيط السرخسي وجد المالك عبده فأخذه من الغاصب وفي يده مال فقال الغاصب المال لي وقال مالكه لا بل هو لي إن كان العبد في منزل الغاصب فوجد المال في يده فهو للغاصب وإن لم يكن في منزله فالمال لمالك العبد كذا في الوجيز للكردري بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال غاصب الثوب صبغت الثوب أنا وقال المغصوب منه غصبته مصبوغا فالقول قول المغصوب منه وعلى هذا إذا اختلفا في بناء الدار وحلية السيف وإن أقاما البينة فالبينة بينة الغاصب ولو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوب أو في آجر موضوع أو في باب موضوع فالقول قول الغاصب والبينة بينة المغصوب منه رجل غصب عبد رجل وباعه

(١) ".

" ولا بسبب كان في يده كذا في الجوهرة النيرة ولو غصب جارية محمومة أو حاملا أو مريضة أو مجروحة فماتت من ذلك في يده يضمن قيمتها وبها ذلك العيب كذا في محيط السرخسي ولو حمت الجارية في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت في يده من تلك الحمى لم يضمن الغاصب إلا ما نقصتها الحمى في قولهم جميعا كذا في الخلاصة وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء انتظر إلى ظهور عبده فيأخذه وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته فلو ظهر بعد ذلك فإنه ينظر إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بها إما بتصادقهما عليها وإما بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا ولو أخذ القيمة بقول الغاصب ويمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء حبس القيمة ورضي بها وسلم العبد إلى الغاصب وإن شاء رد القيمة التي أخذها ويسترد العبد وللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فلا يرد القيمة ولكنه يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذ وإن لم يكن فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال إذا ظهر العبد وقيمته مثل ما قال الغاصب فلا خيار للمغصوب منه ولا سبيل له على العبد وفي ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل كذا في شرح الطحاوي ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب قتيلا حرا أو عبدا أو جنى جناية فيما دون النفس يخير المولى بين الدفع والفداء ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية وإن استهلك العبد المغصوب مالا وخوطب المولى بالبيع والفداء

(١) الفتاوى الهندية، ١٣٩/٥

رجع بالأقل من قيمته ومما أدى عنه من الدين وإن غصبه وقيمته ألف درهم فصارت قيمته بعد ذلك ألفي درهم ثم قتله قاتل في يد الغاصب فالمولى بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم ويرجع الغاصب على عاقلة القاتل بألفي درهم ويتصدق بالألف الزائد وإن شاء ضمن القاتل قيمته يوم القتل ألفي درهم ولا يرجع القاتل على الغاصب بشيء ولو قتل العبد نفسه في هذه الصورة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم ولا يضمن قيمته يوم القتل كذا في المحيط ولو أبق العبد في يد الغاصب فالجعل على المولى عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ولا يرجع به على الغاصب ويرجع عليه بما نقصه الإباق إذا لم يكن أبق قبل ذلك وقال محمد رحمه الله تعالى يرجع المولى بالجعل على الغاصب كذا في الينابيع والله أعلم الباب الثاني عشر في غاصب الغاصب ومودع الغاصب ولو غصب رجل المغصوب من الغاصب فللمالك أن يضمن الأول والثاني فإن ضمن المالك الغاصب الأول يرجع الأول على الثاني بما ضمن وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول بما ضمن ولو اختار المالك تضمين أحدهما فليس له تضمين الآخر عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى له ذلك ما لم يقبض الضمان منه كذا في محيط السرخسي وإذا ضمن المالك أحدهما إما الغاصب أو غاصب الغاصب أو مودعه برئ الآخر عن الضمان كذا في الخلاصة غاصب الغاصب إذا استهلك الغصب فأدى القيمة إلى الأول برئ عن الضمان وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يبرأ ولو رد عين المغصوب على الأول برئ عند الكل كذا في فتاوى قاضي خان ولو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب فأدى القيمة على الغاصب يبرأ أيضا حتى لا يكون للمالك بعده أن يضمن الثاني لقيام القيمة مقام العين وهذا إذا كان قبض الأول معروفا بإقامة البينة أو تصديق المالك فأما إذا أقر الغاصب بذلك فإنه لا يصدق في حق المالك ويصدق في حق نفسه والمالك بالخيار في تضمين أيهما شاء ولو باع غاصب الغاصب وأخذ الثمن لا يكون للغاصب الأول أن يأخذ الثمن منه لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ولا يكون له إجازة البيع كذا في خزانة المفتين ويخير المالك بين تضمين الغاصب وبين تضمين مودعه لأن كل واحد منهما متعد في حقه كذا في المحيط ولو أعاره الغاصب خير المالك فأيهما

". (١)

" فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بقيمة اللحم ولو كان المستحق أقام البينة أن اللحم كان له قبل أن يشويه أو كان الثوب له قبل أن يخيطه أو كانت الحنطة له قبل الطحن لم يرجع المغصوب منه على

(١) الفتاوى الهندية، ١٤٦/٥

الغاصب بشيء كذا في المحيط ومن غصب ثوبا فقطعه ولم يخيطه أو غصب شاة فذبحها حتى لم ينقطع حق المالك ثم استحقها رجل يبرأ الغاصب عن الضمان كذا في الفصول العمادية غلام حمل كوز ماء لينقله إلى بيت مولاه بإذنه فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض بغير إذن المولى فهلك العبد في الطريق يضمن كل قيمة العبد لأن فعله صار ناسخا لفعل المولى فيصير غاصبا كل العبد كذا في خزانة المفتين المسلم يضمن بغصب موقوذة المجوسي وإتلافها نص عليه السغناقي وهو الصحيح كذا في جواهر الأخلاطي لو قطع شجرته وقد دخلت عروقها تحت بناء رجل فمنعه صاحب البناء من قطع العروق ضمن لصاحب الشجرة قيمة عروق شجرته كذا في الملتقط غصب بيضتين وجعل إحداهما تحت دجاجة وحضنت الأخرى دجاجة أخرى بنفسها وأفرختا فالفرختان للغاصب وعليه بيضتان ولو كانتا مكانة وديعة فالتي حضنت بنفسها للمودع لا لصاحب البيضة كذا في الوجيز للكردري ولو كانت إحدى البيضتين غصبا والأخرى وديعة عند رجل فحضنتهما دجاجة فأفرخت فرختين ففرخة الوديعة لصاحب الوديعة وفرخة الغصب للغاصب وهذا بمنزلة قفيزي حنطة عند رجل أحدهما وديعة والآخر غصب فهبت الريح بهما وألقتهما في الأرض فنبتا فالزرع الذي نبت من الوديعة لصاحبها والزرع الذي نبت من الغصب للغاصب ويضمن قفيز حنطة للمغصوب منه فإن لم تعرف إحدى الفرختين من الأخرى فالقول قول الغاصب إنما هي هذه وإن قال لا أعرف فالفرختان بينهما وعلى الغاصب بيضة كذا في محيط السرخسي الظالم إذا أخذ من غرماء الميت من مال الميت عليهم فديون الميت عليهم باقية كذا في التتارخانية ناقلا عن البرهانية إن كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فإقراره في حق المشتري باطل ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر كذا في المبسوط إذا جاء الرجل بالحنطة إلى الطحان ووضعها في صحن الطاحونة وأمر صاحب الطاحونة أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة فلم يدخلها حتى نقب الحائط بالليل وسرقت الحنطة فإن كان صحن الطاحونة محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقي إلا بسلم فلا ضمان وإن كان بخلافه وجب الضمان كذا في المحيط دفع إلى إسكاف خفا ليخرزه فوضعه الإسكاف في حانوته الخارج وذهب إلى الصلاة وترك باب حانوته مفتوحا من غير حافظ فسرق الخف ضمن الإسكاف لأنه مضيع كذا في الكبرى جعل القصار في الثوب الذي دفع إليه الخبز أوان ذهابه إلى القصارة وسرق الثوب إن لف فيه كما يلف المنديل على ما يجعل فيه يضمن وإن جعل الثوب تحت إبطه ودس الخبز فيه فلا يضمن كذا في الوجيز للكردري الحمال إذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بمطر أو سرق فهو ضامن وتأويله إذا كان المطر أو السرقة غالبا كذا

في خزانة المفتين لو دفع حمولة إلى حمال ليحملها إلى بلدة فجاء الحمال إلى نهر عظيم وفي النهر جمد كثير يجري في الماء كما يكون في الشتاء فركب الحمال حملا من الأحمال والآخر يدخلون الماء على أثر هذا الحمل فنفر حمل من الأحمال من جريان الجمد فسقط الحمل في الماء إن كان الناس يسلكون في مثل هذا ولا ينكرون جدا لا ضمان عليه كذا في الكبرى ولو جاء إلى قطار إبل وحل بعضها لا يضمن لأنه لم يغصب إبلا كذا في الفصول العمادية رجل دفع غلامه إلى آخر مقيدا بالسلسلة وقال له اذهب به إلى بيتك مع السلسلة فذهب بدون السلسلة فأبق العبد لا يضمن جز غنما بغير إذن صاحبها وجعل صوفها لبودا فاللبود له لأنه حصل بصنعه فبعد ذلك ينظر إن كان جز الصوف لا ينقص من قيمة الغنم شيئا فعليه مثل ذلك الصوف وإن كان ينقص فهو بالخيار إن شاء ضمنه مثل ذلك الصوف وإن شاء ضمنه ما دخل النقصان في الغنم هكذا في المحيط غصب جارية وزوجها ودخل الزوج بها ثم إن المالك لم يجز النكاح وجب

". (١)

" ٢١ - كتاب الغصب

ومن غصب شيئا مما له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته يوم الغصب و

على الغاصب رد العين المغصوبة فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها

والغصب فيما ينقل ويحول وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة و أبي يوسف وقال محمد : يضمنه كهدمه وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا

وإذا هلك المغصوب في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله فعليه ضمانه

وإن نقص في يده فعليه ضمان النقصان

ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار : إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه وإن خرقه خرقا كثيرا يبطل عامة منفعته فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٥١/٥

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب

حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولم يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وهذا كمن غصب شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو غصب حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعلمه آنية

وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها

ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له : اقلع الغرس والبناء وردها فارغة فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا فيكون له

ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار : إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق وسلمها للغاصب وإن شاء أخذهما وضمن ما زاد الصبغ والسمن فيهما

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب والقول في القيمة **قول الغاصب** مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وإن كان ضمنها **بقول الغاصب** مع يمينه فالمالك بالخيار : إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض

وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب فإن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه

وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به خير النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن بنقص باستعماله فيغرم النقصان

وإذا استهلك المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما وإن استهلكهما المسلم على المسلم لم يضمن ." (١)

"كتاب الغصب.

- ومن غصب شيئا مما له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله، وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته يوم الغصب، وعلى الغاصب رد العين المغصوبة؛ فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية

---

(١) الكتاب، ص/٣٣٩

لأظهرها، ثم قضى عليه ببدلها.

والغصب فيما ينقل ويحول، وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يضمنه،

ومن نقص منه بفعله كهدمه وسكناه ضمنه في قولهم جميعا.

وإذا هلك المغصوب في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله فعليه ضمانه، وإن نص في يده فعليه ضمان النقصان.

ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار: إن شاء ضمنه وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها، ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه، وإن خرقه خرقا كثيرا يبطل عامة منفعته فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته،

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها، وملكها الغاصب، وضمنها، ولم يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، وهذا كمن غصب شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو غصب حنطة فطحنها، أو حديدا فاتخذه سيفا، أو صفرا فعمله آنية،

وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها.

ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى، قيل له: اقلع الغرس والبناء وردها فارغة، فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا فيكون له.

ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق وسلمهما للغاصب، وإن شاء أخذهما وضمن ما زاد الصبغ والسمن فيهما.

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب.

والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه، إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك، فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك، وإن كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار: إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين ورد العوض.

وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب، فإن هلك فلا ضمان عليه، إلا أن يتعدى فيها؛ أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه، وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد، وسقط ضمانه عن الغاصب، ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه

إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان.

وإذا استهلك المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما، وإن استهلكهما المسلم على المسلم لم يضمن.

كتاب الغصب

مناسبته للوقف من حيث إن في كل منهما رفع يد المالك وحبس الملك، إلا أن الأول شرعي فقدم، والثاني غير شرعي فأخر.

وهو لغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، وشرعا: أخذ مال متقوم محترم بغير إذا المالك على وجه يزيل يده، حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا، دون الجلوس على البساط، هداية.

(ومن غصب شيئا مما له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله)؛ لما فيه من مراعاة الصورة بالجنس والمعنى بالمالية؛ فكان أدفع للضرر، وإن انقطع المثل بأن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه فعليه قيمته: يوم الخصومة عند الإمام، ويوم الغصب عند أبي يوسف، ويوم الانقطاع عند محمد، والأصح قول الإمام، لأن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك، وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته حينئذ (وإن كان) المغصوب (مما لا مثل له فعليه قيمته) يوم الغصب اتفاقا لأنه لما تعذر مراعاة الصورة بتفاوت الآحاد وجب مراعاة المعنى فقط – وهو المالية – دفعا للضرر بقدر الإمكان، والمثلى المخلوط بخلاف جنسه كبر مخلوط بشعير قيمي لأنه لا مثل له (و) الواجب (على الغاصب رد العين المغصوبة) في مكان غصبها ما دامت قائمة، سواء كانت مثلية أو قيمية (فإن ادعى) الغاصب (هلاكها) أي العين المغصوبة لم يصدق بمجرد قوله، بل (حبسه الحاكم حتى يعلم) صدقه ويغلب على ظنه (أنها لو كانت باقية) عنده لكان (أظهرها) مبالغة في الاحتيال إلى إيصال الحق إلى المستحق (ثم) بعد ذلك (قضى عليه ببدلها) من مثل أو قيمة؛ لتعذر رد العين.

---." (١)

"(وإن غصب فضة) نقرة (أو ذهبا) تبرا (فضربها دراهم أو دنانير، أو) عملها (آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة) قال في الهداية: فيأخذهما ولا شيء للغاصب؛ وقالا: يملكها الغاصب وعليه مثلهما، وأخر دليل الإمام وضمنه جواب دليلهما، واختاره المحبوبي والنسفي وأبو الفضل الموصلي وصدر الشريعة،

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٢٢٧

كذا في التصحيح (ومن غصب ساجة) بالجيم – شجر عظيم جدا، ولا ينبت إلا ببلاد الهند (فبنى عليها) بناء قيمته أكثر من قيمتها (زال ملك مالكها عنها، ولزم الغاصب قيمتها) لصيرورتها شيئا آخر، وفي القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء من غير فائدة تعود للمالك، وضرر المالك ينجبر بالضمان. قال في الهداية: ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر: إنما لا ينقض إذا بنى حول الساجة، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض. وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح، اهـ.

(ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له) أي الغاصب: (اقلع الغرس والبناء وردها) إلى صاحبها (فارغة) كما كانت؛ لأن الأرض لا تغصب حقيقة فيبقى فيها حق المالك كما كان، والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها. درر.

وقيد ذلك في المنح بما إذا كانت قيمة الأرض أكثر، ثم قال: وإن كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الأرض ويأخذها، ذكره في النهاية، وفي القهستاني عند قول الماتن "أمر بالقلع والرد" ما نصه: أي رد الأرض فارغة إلى المالك ولو كانت القيمة أكثر من قيمة الأرض، وقال الكرخي: إنه لا يؤمر حينئذ ويضمن القيمة، وهذا أوفق لمسائل الباب كما في النهاية، وبه أفتى بعض المتأخرين كصدر الإسلام، وإنه حسن، ولكن نحن نفتي بجواب الكتاب اتباعا لأشياخنا كما في العمادي، اهـ (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك) منها (فللمالك أن يضمن له) أي للغاصب (قيمة البناء والغرس مقلوعا فيكون) ذلك مع الأرض (له) أي للمالك؛ لأن في ذلك نظرا لهما ودفع الضرر عنهما. قال في الهداية: وقوله "قيمته مقلوعا" معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه؛ لأن حقه فيه إذا لا قرار له؛ فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوم وبها شجر وبناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه؛ فيضمن فضل ما بينهما، اهـ.

(ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر) أو غيره مما تزيد به قيمة الثوب، فلا عبرة للألوان، بل لحقيقة الزيادة والنقصان (أو) غصب (سويقا): أي دقيقا (فلته) أي خلطه (بسمن، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه) أي ضمن الغاصب (قيمة ثوب أبيض)؛ لأن الثوب قيمي (ومثل السويق) لأنه مثلي (وسلمهما) أي الثوب والسويق (للغاصب، وإن شاء أخذهما) المالك (وضمن) للغاصب (ما زاد الصبغ والسمن فيهما)؛ لأن في ذلك رعاية للجانبين، والخيرة لصاحب الثوب؛ لكونه صاحب الأصل، بخلاف الساجة يبنى فيها؛ لأن النقض له بعد النقض (١) فيتلاشى، هداية.

(ومن غصب عينا فغيبها) بالمعجمة: أي أخفاها (فضمنه المالك قيمتها ملكها الغاصب)؛ لأن المالك

ملك البدل بكماله، والمبدل قابل للنقل فيملكه الغاصب؛ لئلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد.

(والقول في القيمة) إذا اختلفا فيها (**قول الغاصب**)؛ لإنكاره الزيادة، والقول قول المنكر (مع يمينه) كما مر (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لإثباته بالحجة (فإن ظهرت العين) بعد ذلك (وقيمتها أكثر مما) كان (ضمن وقد) كان (ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها) المالك (أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك) وهي للغاصب؛ لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار (وإن كان ضمنها **بقول الغاصب** مع يمينه فالمالك بالخيار: إن شاء أمضى الضمان) ولا خيار للغاصب ولو قيمته أقل؛ للزومه بإقراره (وإن شاء أخذ العين ورد العوض)؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة، وأخذه دونها لعدم الحجة، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذا الجواب في ظاهر الرواية، وهو الأصح، خلافا لما قال الكرخي؛ لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه، والخيار لفوت الرضا. هداية.

(وولد) العين (المغصوبة ونماؤها) المتصل كالسمن والحسن والمنفصل كالدر (وثمرة البستان المغصوب) قبل بدو الثمرة (أمانة في يد الغاصب)؛ لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك كما مر، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب (فإن هلك): أي الولد وما عطف عليه (فلا ضمان عليه) أي الغاصب (إلا أن يتعدى فيها) أي الزيادة - بأن أتلفها، أو أكلها، أو باعها - (أو) أن (يطلبها): أي الزيادة (مالكها فيمنعها إياه)؛ لأنه بالمنع والتعدي صار غاصبا.

(يتبع...)

@(تابع... ١): - ومن غصب شيئا مما له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله، وإن كان... ...

---." (١)

"-----

قال شمس الأئمة: وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة، فإن لم يعرف منه الرضا ومضت هذه المدة فالقاضي يخلي سبيل المدعى عليه بعد هذا القاضي يقول للمغصوب منه: إذا تريد ضمان القيمة أو التلوم إلى أن تظهر الجارية؛ إن قال: ضمان القيمة إن اتفقا على القيمة قضى بتلك البينة، وإن لم يكن، فالقول **قول الغاصب** مع يمينه، ويحلف بالله ما قيمته إلا عشرين درهما ذكر هذه الكيفية في غصب

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٢٢٩

«الأصل» قبل مسألة الخلط، فإذا حلف وأدى القيمة، ثم ظهرت الجارية؛ كان للمالك الخيار؛ إن شاء رضي بالقيمة التي أخذها، وإن شاء ردها، وأخذ الجارية؛ قال شيخ الإسلام: قال بعض مشايخنا: إذا كان المأخوذ مثل قيمته أو أكثر؛ لا يكون للمالك الخيار في استرداد الجارية، وذكر شمس الأئمة السرخسي أن هذا القائل هو الكرخي؛ قال شمس الأئمة هذا: والصحيح أن للمالك الخيار على كل حال.

وإليه أشار في «الكتاب» حيث أطلق ،لجواب إطلاقا، وذكر شمس الأئمة الحلواني: إذا ظهر أن قيمتها (١١٩أ٢) مثل ما قال الغاصب ..... الجواب فيه؛ قال في موضع: لا خيار للمولى، ولا سبيل له عليها، وقال في موضع آخر: له الخيار، وإن كان ما أخذ أضعاف قيمتها؛ قال شمس الأئمة هذا: والقول الأول أشبه.

ولو ادعى الغصب وجاء بشاهدين شهد أحدهما على الغصب، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب؛ لا تقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع، وشهد الآخر على الإقرار بالبيع حيث تقبل الشهادة، ولو شهد أحد الشاهدين له بالملك، وشهد الآخر على إقرار الغاصب له بالملك؛ لا تقبل الشهادة؛ لأن المشهود به مختلف؛ لأن الملك المطلق الثابت بالشهادة غير الملك المطلق الثابت بالإقرار حتى يستحق بالأول الزوائد المنفصلة دون الثاني.." (١)

"-----

فرق بين هذا وبينما إذا أقام البينة أنه ردها على المالك، وأقام المغصوب منه البينة أنها نفقت عند الغاصب، ولم يشهد أنها نفقت من ركوبه، فلا ضمان على الغاصب، وبين المسألتين فرق من حيث الصورة؛ أما لا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وذلك؛ لأنا نعمل بالبينتين جميعا في الموضعين، ويجعل كأن الأمرين كانا في المسألتين يجعل في المسألة الأولى كأن الغاصب رد دابته ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه ويجعل في المسألة الثانية كأنه ردها، ثم نفقت عند الغاصب بعد الرد؛ إلا أن العمل بالبينتين جميعا في مسألة الركوب توجب الضمان؛ لأنه متى ردها على المالك ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه ضمن، ويكون هذا غصبا آخر منه، فصار ضامنا، والعمل بالبينتين في المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضمانا؛ لأنه متى رد ثم نفقت الدابة بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه بأن انفلتت الدابة بعد الرد ونفقت عنده، لا يكون ضمانها عليه فكذلك هذا، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرحه» الفرق: أن ما ذكر

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤١٣/٥

أنه لا ضمان على الغاصب قول محمد، أما على قول أبي يوسف هو ضامن.

وإذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمة الثوب، وقد استهلكه الغاصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه منكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛ لأنها تثبت الزيادة، وإن لم يكن لرب الثوب بينة، وجاء الغاصب ببينته أن قيمة ثوبه كذا، وكذبه رب الثوب وسأل القاضي يمين الغاصب، فإنه يحلف على دعواه، فلا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل؛ قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين؛ ألا ترى أن المودع إذا ادعاه رد الوديعة يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.." (١)

"_____

وبعض مشايخنا قالوا: ينبغي أن يكون في كل فصل روايتان، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عدت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين مسألة الوديعة وبين هذه المسألة، وهو الصحيح.
ولو شهد لرب الثوب أحد الشاهدين أن قيمة ثوبه كذا، وشهد الآخر على إقرار الغاصب أن قيمة ثوبه كذا؛ لا تقبل هذه البينة؛ لأن المشهود به يختلف، وإن جاء الغاصب بثوب مرتي، فقال: هذا الذي غصبتكه، وقال رب الثوب: بل هو ثوب هروي، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله أن هذا الثوب ثوبه الذي غصبه إياه، وما غصبه ثوبا هرويا قال مشايخنا: والصواب ما ذكره في كتاب الاستحلاف أنه يكفيه أن يقول: بالله ما غصبت هرويا كما يدعيه المالك، وإن جاء بثوب مروي وقال: هذا الذي غصبتك، وهو على حاله، وقال رب الثوب بل كان ثوبي جديدا حين غصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه.
وإن أقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب، فإن لم يقم واحد منهما بينة، وحلف الغاصب، وأخذ رب الثوب الثوب، ثم أقام بينة أنه غصبه إياه، وهو جديد؛ ضمن الغاصب فضل ما بينهما، هكذا ذكر في «الأصل» قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا كان النقصان يسيرا، فإن كان فاحشا، فرب الثوب بالخيار؛ إن شاء أخذ الثوب، وضمنه النقصان، وإن شاء ترك الثوب عليه، وضمنه قيمة الثوب.
رجل ادعى ثوبا في يدي رجل أنه له، وأن صاحب اليد غصبه منه، وأقام صاحب اليد البينة أن المدعي وهبه منه أو أقر له، فإنه يقضى به لذي اليد ويجعل كأن صاحب اليد غصب، أو لأنه وهبه المدعي أو باعه منه.
ولو ادعى رجل أن الثوب له وأن صاحب اليد غصبه منه، وأقام على ذلك بينة وأقام رجل آخر أن صاحب

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥/٤١٥

اليد أقر له بهذا الثوب، فإنه يقضى به للذي أقام البينة أن الثوب له، ويجعل كأن صاحب اليد غصب أولا حتى يصير الثوب في يده، فيصح الإقرار، وإذا جعل كأن صاحب اليد غصب أولا جعل مقرا بملك الغير، والإقرار بملك الغير لا يعتبر.." (١)
"-----

في «المنتقى» ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل غصب من آخر عبدا، فوجد المغصوب منه عبده فأخذه، وفي يده مال، فقال الغاصب: هو مالي، وقال المغصوب منه: هو مالي، قال: إن كان العبد في منزل الغاصب، والمال في يده فهو للغاصب، وإن لم يكن في منزل الغاصب، فهو للمغصوب منه.
بشر عن أبي يوسف: غاصب الثوب إذا قال: صبغته أنا، وقال المغصوب منه: غصبته مصبوغا، فالقول قول المغصوب منه، وكذلك إذا اختلفا في بناء الدار، وحلية السيف فهو مثل اختلافهما في الصبغ.
عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمه الله: إذا وقع الاختلاف في بناء الدار، فالقول قول رب الدار؛ كما قال أبو يوسف، قال: وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الغاصب، قال وكذلك النخيل والشجر في الأرض، ولو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوبة أو في آجر موضوع أو في باب موضوع فالقول **قول الغاصب** والبينة بينة المغصوب منه.

رجل غصب عبد رجل وباعه، وسلم العبد، وقبض الثمن، ومات العبد في يد المشتري، فقال المالك: أنا أمرته بالبيع، فالقول قوله، ولو قال: لم أقره ولكني أجزت البيع حين بلغني؛ لم يلتفت إلى قوله، ولا سبيل له على الثمن إلا أن يقيم البينة أنه أجاز البيع قبل موت العبد.
هشام في «نوادره»: سألت محمدا عن رجل أتى سوقا، وصب لإنسان زيتا أو سمنا، أو شيئا من الأدهان أو الخل، وعاينت البينة ذلك، وشهدوا عليه فقال الجاني: صببت، وهو نجس قد ماتت فيه الفأرة، فالقول قوله، فإن (دخل) إلى سوق القصاص، فعمد إلى طواس اللحم، فرمى بها، واستهلكها، والشهود عاينوا ذلك، فشهدوا عليه، فقال الجاني: هي ميتة؛ قال: لا أصدقه على ذلك، ويسع الشهود أن يشهدوا أنها ذكية؛ لأنه لا يباع في السوق لحم ميتة، ويباع فيه زيت وسمن قد ماتت فيه الفأرة.

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤١٦/٥

إبراهيم عن محمد: رجل اتخذ من طين لبنا أو جدارا، فهو له، وعليه قيمة الطين، وإن قال رب الطين: أنا أمرت。 أن يتخذه؛ قال هو لرب الطين.." (١)

"_____

(حمل) على حمار غيره شيئا بغير أمره، فتورم ظهر الحمار، فشق رب الحمار الورم، فانتقص قيمة الحمار، فإنه يتلوم بالحمار؛ إن اندمل من غير نقصان، فلا ضمان على الذي غصب، وإن اندمل مع النقصان ينظر؛ إن كان النقصان من الورم، فضمان ذلك على الغاصب، وكذا إذا مات كان الجواب كما قلنا، فإن اختلفا، فقال صاحب الحمار الموت كان من الورم، وقال الغاصب: كان من الشق، فالقول **قول الغاصب** مع يمينه.

في غصب «فتاوى أبي الليث»: إذا استهلك رجل أحد مصراعي باب غيره أو أحد زوجي خف غيره، أو ما أشبه ذلك؛ كان للمالك أن يسلم الباقي، ويأخذ قيمتهما منه، في «الجامع» في باب بيع الشيئين المزدوجين كأنهما شيء واحد.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف: رجل استهلك فرو نعل لرجل لم يضمن إلا قيمة ما استهلك، ولا يدفع إليه الأخرى، ويضمنهما جميعا قال: وكذلك لو أحرق مصراعا لرجل أو أخذ جصه قال: أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيها فص قيمته مائة أكنت أضمن الفص والخاتم؟ لا أضمن إلا ما استهلك؛ قال ثمة: وكسر .... بسرج ضمنه ولم يضمن السرج؛ لأن هذا يخلص منه بلا ضرر، وكل شيئين مفردين أو ثني واحد يخلص بعضه عن بعض، فلا ضرر؛ مثل ..... السرج ..... فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك؛ لا يضمن غيره.

إذا جاء الرجل بالحنطة إلى الطحان، ووضعها في صحن الطاحونة، وأمر صاحب الطاحونة أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة، فلم يدخلها في بيت الطاحونة بالليل، وسرقت الحنطة، فإن كان صحن الطاحونة محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقى إلا بسلم، فلا ضمان، وإن كان بخلافه وجب الضمان؛ لأنه في هذا الوجه مضيع، وفي الوجه الأول ليس بمضيع.

في «فتاوى أبي الليث»: هدم بيت نفسه، وانهدم من ذلك بيت جاره فلا ضمان.." (٢)

"_____

في «الحاوي»: سئل أبو القاسم عمن تعلق ثوبه بقفل قفله رجل وتخرق، قال: إن مده صاحب الثوب حتى

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤١٨/٥

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٣٩/٥

تخرق لم يضمن صاحب القفل، وإن تخرق من غير المد إن فعل المالك في موضع مأذون له لا يضمن وإلا فيضمن.

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد في رجل غصب عبدا، وضمن رجل للمغصوب منه العبد أن يدفعه إليه غدا فإن لم يفعل، فعليه ألف درهم، وقيمة العبد خمسون درهما، فلم يدفع إليه العبد غدا؛ قال: إذا ثبت العبد للمغصوب منه لزم الضامن قيمة خمسين درهما، وبطل الفضل، فإن اختلفا في قيمته، فالقول قول المغصوب منه مع يمينه فيما بينه وبين ألف درهم، والقول قول الكفيل فيما زاد، في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رضي الله عنهما.

وأما في قولنا، فالقول **قول الغاصب** في القيمة وضمان الألف باطل؛ لأنه لم ينسبها إلى قيمة العبد، فإن ضمن القيمة وسماها، فينظر في ذلك، فإذا هي أكثر من قيمة العبد بما يتغابن الناس فيه؛ فتلك قيمة العبد قبل منه ذلك، وإن كانت أكثر من قيمة العبد بما لا يتغابن الناس فيه؛ بطل الفضل على ما يتغابن الناس فيه.

دابة لرجل دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب الزرع، فجاء ذئب وأكلها؛ إن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان، عليه أكثر المشايخ، وعليه الفتوى، وإن ساقها أكثر مشايخنا على أنه يضمن؛ سواء ساقها إلى مكان يأمن عليها من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكه بقرة لغيره، فطردها قدر ما تخرج من بين بادوكه لا يضمن، وإن ساقها بعد ذلك يضمن، فأما إذا وجد في زرعه، فأخبر صاحبها، وأخرجها صاحبها، فأفسدت الدابة الزرع؛ إن أمره صاحب الزرع بالإخراج؛ لا يضمن صاحب الدابة، وإن لم يأمره يضمن هذه الجملة في الباب الأول من غصب «الواقعات».." (١)

"-----

وسئل أبو جعفر عرفا في حانوته وديعة رجل أخذ سلطاني الوديعة من حانوته لنائبه ورهنه عند رجل؛ قال: إن كان المرتهن طائعا في الارتهان فلصاحب الوديعة أن يضمن السلطاني إن شاء، وإن شاء ضمن المرتهن، ولا ضمان على الجابي إن كان لا يقدر على تمنيع السلطاني، وينبني على هذا الجابي الذي يقال بالفارسية: «باي كار» إذا أخذ شيئا من بيت إنسان رهنا، وهو طائع يضمن، وكذا إذا أخذ الجباية دراهم وهو طائع يضمن، وكذا الصراف إذا كان طائعا في أخذ الدراهم يضمن، ويصير الجابي والصراف مجروحين في

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٤٥/٥

الشهادة.s

وسئل نجم الدين: عمن عنده وديعة إنسان، وهي ثياب ملفوفة في لفاف، فوضعها تحت رأس ضيف له بالليل كالوسادة، ثم رمى على صاحبها كان كذا وكذا ثوبا، وقد ذهب بعضها؛ قال: ما لم يثبت أنها كانت كذا وكذا، وقد ضاعت منها كذا تلك الليلة، فوضعها تحت رأس الضيف لا يمكن إيجاب الضمان، وبعدما ثبت ذلك لا يمكن إيجاب الضمان بمجرد الوضع تحت رأس الضيف ما دام المودع حاضرا؛ لأنه إذا كان حاضرا، فهو حافظ لها، وليس بمضيع، فإذا غاب الآن يصير ضامنا؛ لأنه ترك حفظها.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل أودع رجلا زنبيلا فيه آلات النجارين، ثم جاء واسترده، وادعى أنه كان فيه قدوما قد ذهب منه، فقال المودع: قبضت منك الزنبيل، ولا أدري ما فيه، فلا ضمان على المودع، ولا يمين عليه أيضا؛ لأنه لا يدعي عليه صنعا

وكذلك إذا كان أودع عند رجل دراهم في كيس، ولم يزن على المودع، ثم ادعى أنه أكثر من ذلك، وقال المودع: قد قبضت الكيس، ولا أدري كم كان فيه فلا ضمان عليه، ولا يمين لما قلنا، قيل: وينبغي أن يحلف، فإن محمدا رحمه الله يقول: القول **قول الغاصب**، والمودع في المقدار مع يمينه.." (١)

"_____

وإذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبا، وأقر الغاصب بذلك، ثم اختلفا في قيمته ولكن علم أن قيمته لم تكن مائة فالقول **قول الغاصب** مع يمينه، ويؤمر بالبيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهول، وإن لم يبين يحلف الغاصب على ما ادعاه المغصوب منه، من الزيادة فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه: ذكر في كتاب الاستحلاف أن المغصوب منه يحلف أن قيمة الثوب مائة، ويأخذ من الغاصب مائة.

وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي رحمه الله يقول ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة من الغاصب بيمينه لا يكاد يصح؛ لأن المغصوب منه يدعي، واليمين عندنا لم يشرع حجة للمدعي، وكان يقول الصحيح من الجواب أن يقال: القاضي يوقف الغاصب ويذكر له كل ما يصلح قيمة الثوب، فيقول أولا: أكانت قيمته مائة فإن قال: لا، يقول: أكان خمسون، فإن قال: لا، يقول: أكانت خمسة وعشرون، هكذا إلى أن ينتهي إلى أقل مالا يجوز أن ينقص قيمة الثوب منه في العرف والعادة، فإذا انتهى إلى ذلك ألزمه ذلك وجعل القول قوله في الزيادة مع يمينه، وجعل الجواب فيه كالجواب فيمن أقر بحق مجهول في عين في يديه لغير، فالقاضي يأمره ببيان مقداره وإذا لم يبين فالقاضي يسمي السهام إلى أن ينتهي إلى أقصى

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٨٣/٥

السهام الذي لا يقصد دونه (١٠٠ب٤) بالتملك في العرف والعادة فيلزمه ذلك ويجعل القول في الزيادة قوله مع يمينه.." (١)

"ـــــ

قال في كتاب الغصب: رجل غصب ثوبا أو دابة واستهلكه أقام المغصوب منه بينة على قيمته وأقام الغاصب بينة على قيمته أقل من ذلك، فالبينة بينة المغصوب منه، إما لأن المغصوب منه هو المدعي لما ذكرنا من العبارات، وإما لأن المغصوب منه ببينته يثبت زيادة في قيمة المغصوب وينفيها بينة الغاصب، والبينات شرعت في طرف الاثبات لا في طرف النفي، وإن لم يكن لهما بينة، فالقول في الزيادة **قول الغاصب** مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه في الزيادة على العبارات التي ذكرنا، والقول قول المدعى عليه مع اليمين. وإن أقام الغاصب بينة على قيمته، ولا بينة للمغصوب منه فللمغصوب منه أن يستحلف الغاصب، ولا يلتفت إلى بينته، لأن الغاصب هو المدعى عليه، والذي في جانب المدعى عليه اليمين دون البينة.

وإن قال الغاصب: أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف ورضي به رب الثوب، لا يلتفت إلى قولهما؛ لأن اليمن شرعت في جانب المدعى عليه وليس إلى العباد تغيير المشروعات.

وذكر محمد رحمه الله في كتاب الاستحلاف رد اليمين إلى المدعي في مسألة، وصورتها: رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوبا وأقر الغاصب بذلك، واختلفا في قيمة الثوب، فقال المغصوب منه: كانت قيمة ثوبي مئة، وقال الغاصب: لا أدري ما كانت قيمته، ولكن علمت أن قيمته لم تكن مئة، فالقول **قول الغاصب** مع يمينه؛ لأن المغصوب منه يدعي زيادة قيمته عليه وهو ينكر، ويجبر الغاصب على البيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهول، فيؤمر بالبيان وإن (لم) يخبر بشيء يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه ذكر أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مئة، ويأخذ من الغاصب مئة درهم.." (٢)

" ﴿كتاب المضاربة﴾

قوله : لم يجبر لأنه وكيل والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على تسليم ما تبرع به فإذا امتنع الجبر قيل له : أحل رب المال على التقاضي أي وكله لأن الحوالة تستعمل في موضع الوكالة بمعنى النقل وإنما أمر بالتوكيل لأن العهدة على العاقد والآمر ليس بعاقد فأمر بالتوكيل ليصلح مطالبة رب المال وكذلك على هذا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٥٨/٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٣٣/٩

كل وكيل بالبيع فأما الذي يبيع بالأجرة كالبياع والسمسار فلا بد من أن يجبر على الاستيفاء ويجعل بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة

قوله : فإن شاء رب المال لأن الدعوة انعقدت صحيحة في الظاهر حملا على وجه الصحة وهو فراش النكاح لكن لم ينفذ لفقد الشرط هو الملك له فيهما ألا ترى أن كلاهما مشغولان برأس المال فلا يظهر الربح كالمضارب إذا اشترى عبدين بمال المضاربة وليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر عندنا خلافا لزفر فإذا وجد الملك في الأم نفذت الدعوة بخلاف ما إذا أعتق المضارب الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا يصح الإعتاق لأن الإعتاق إنشاء فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك أما هذا إخبار عن علوق سابق فينفذ إذا حدث الملك فإذا نفذت الدعوة ثبت النسب وعتق الولد إلا أنه لا يضمن نصيب رب المال في الولد لأن العتق ثبت بالنسب والملك فأضيف إلى آخرهما وجودا وهو الملك وأنه ثبت بالزيادة بغير صنعه فوجبت السعاية على الولد في نصيب رب المال وهو ألف ومائتان وخمسون ألف رأس المال والباقي نصف الربح فإذا استوفى رأس المال ظهر أن الأم كلها ربح فصار النصف منها للمضارب وقد صحت الدعوة فإذا ملك شيئا ههنا صار أم ولد له وضمن نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان ملك فلا يختلف باليسار والإعسار ولا يفتقر إلى الصنع

قوله : فإنه يغرم إلخ لأن المضارب عجز عن أداء الثمن من المضاربة وأداء الثمن واجب عليه لأنه هو المشتري وربع العبد ملكه وثلاثة أرباعه ملك رب المال فيجب عليه أداء الثمن ما هو ملكه من ماله وأداء ثمن ما هو ملك رب المال عليه أيضا لكن له حق الرجوع على رب المال ويخرج ربع العبد من أن يكون مال المضاربة لأن مال المضاربة أمانة في يد المضارب وربعه صار مضمونا عليه بالثمن وضمان المضارب ينافي المضاربة فخرج ذلك الربع من أن يكون مضاربة والباقي بقي على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة لكن لا يبيعه مرابحة إلا على ألفين لأنه اشترى بألفين

قوله : وربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك والملك مشترك فكذلك الفداء وإذا فديا يخرج العبد من أن يكون كله من مال المضاربة أما نصيب المضارب فلما مر أن الضمان ينافي المضاربة وأما نصيب رب المال فكذلك لأنه صار كالزائل عن ملكهما بالجناية ثم اشتريا لأنفسهما فيكون ثلاثة أرباعه لرب المال وربعه للمضارب ويخدم للمضارب يوما ولرب المال ثلاثة أيام

قوله : فهو على المضاربة لأن الإيضاع توكيل بالتصرف والتصرف حق المضارب فيصح التوكيل به فلم يكن أخذه استردادا منه فلم ينقض المضاربة بخلاف ما إذا اشترط في العقد على رب المال العمل

حيث لا يصح المضاربة لأن ذلك يمنع التخلية والتخلية شرط صحة المضاربة وهذا بخلاف ما إذا دفع المضارب إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن الشركة تنعقد على مال رب المال وعمل المضارب وههنا لا مال للمضارب فلا تصح هذه الشركة فبقي عمل رب المال بأمر المضارب فلم يبطل المضاربة الأولى

قوله : فليست نفقته إلخ لأن النفقة إنما تجب بالاحتباس كالمرأة تستوجب النفقة باحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب الكفاية إذا ثبت هذا قلنا : إن المضارب في مصره ساكن بالسكنى الأصلي لا للمضاربة وإذا سافر يجب النفقة لأنه صار محبوسا بالعمل للمضاربة فأشبه المرأة في بيت الزوج والقاضي في أعمال المسلمين هذا إذا خرج للسفر وإن كان خروجه دون السفر بطرف من أطراف المصر ينظر إن كان يغدو ثم يروح إلى منزله فليس له حكم الخروج لأن هذا بمنزلة المصر فإن أهل المصر يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم وإن كان لا يبيت بأهله كانت نفقته في مال المضاربة لأن خروجه قد صار للمضاربة

قوله : ففي ماله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة لأن الدواء لإصلاح بدنه وتمكنه من إقامة العمل كالنفقة وجه ظاهر الرواية أن الحاجة إلى النفقة معلوم وقوعها بخلاف الدواء ألا ترى إلى أن نفقة المرأة على الزوج ودواءها في مالها ونفقة المرهون على الراهن ودواءه على المرتهن

قوله : فهو متطوع أصله أن التصرف في المضاربة على ثلاثة أقسام : قسم من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الإيجاب وهو الإيداع والإبضاع والإجارة والاستيجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكن يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو إثبات الشركة فى المضاربة بأن يدفع إلى غيره مضاربة أو يختلط المضاربة بماله أو بمال غيره فإنه لا يملك هذا لمطلق المضاربة لأن رب المال لم يرض بشركة غيره وهذا أمر زائد على ما يتناوله التجارة فلا يتناوله مطلق المضاربة لكن يحتمل أن يلحق به فإذا قيل له : اعمل برائك فقد ملك ذلك وقسم آخر ليس من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها وهو الإقراض والاستدانة على رب المال لأنه ليس بتجارة إلا أن ينص عليه فإذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة إذا ثبت هذا قلنا : إذا حملها بمائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال فلم ينفذ على رب المال فصار متبرعا به وكذلك إذا قصرها بمائة

قوله : فهو شريك بما زاد حتى لو بيع الثوب كان ما يختص قيمة الصبغ للمضارب وإذا صار شريكا لا يضمن الثياب لأن قوله : إعمل برائك أفاد له ولاية الخلط والشركة ولو لا ذلك لكان لرب المال أن يضمنه بخلاف الاستدانة لأنه لا يستفاد له ولايته إلا بالتصريح

قوله : فله أجر مثله لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل ذلك لمكان الفساد فيجب أجر المثل وأما فساد المضاربة فلأنها جوزت بطريق الشركة وهذا الشرط يقطع الشركة لأنه ربما لا يربح إلا عشرة

قوله : ضمن ليفيد التقييد وهذا يدل على وجوب الضمان ههنا بالشراء بالمال والضمان يتعلق بالإخراج نص عليه في كتاب المضاربة والتقرر يتعلق بالشراء فكنى بالضمان ههنا عن التقرر

قوله : نصفان لأنه شرط لنفسه نصف ما ينسب إلى المضارب وقد ربح نصف الربح فيكون بينهما

قوله : ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الأول لأنه شرط لنفسه نصف الفضل مطلقا ولم يسلم له ذلك إلا أن يصرف ما شرطه المضارب الأول إلا نصيبه خاصة

قوله : ولا تكون المفاوضة إلخ أصله أن المفاوضة جائزة عندنا خلافا للشافعي فإذا جازت اقتضت ثلاثة أشياء : الوكالة في أعمال التجارة وتوابعها والكفالة بضمان التجارة ولواحقها والاستواء في رأس المال ابتداء وانتهاء إذا ثبت هذا قلنا : لا يصح المفاوضة بين الحر والعبد لأنهما ليسا بسواء لأن الكفالة من العبد لا يصح وكذلك مفاوضة الحر والمكاتب وكذلك مفاوضة العبدين والمكاتبين وكذلك مفاوضة الصبي التاجر والبالغ ومفاوضة الحرين الكبيرين المسلمين أو الذميين صحيح لوجود شرائط المفاوضة وأما بين المسلم والذمي لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف

قوله : ولا تفسد المفاوضة لأن التساوي في غير جنس المال ليس بشرط حتى لو ملك دراهم أو دنانير أو وهبت له فسدت

قوله : إلا بدراهم أو دنانير لأن غير المضروب يتعين بالتعيين فيؤدي إلى ربح ما لم يضمن يعني إذا تعين فإذا هلك قبل التسليم لا يكون على المضارب شئ بخلاف ما لا يتعين

قوله : بمثاقيل ذهب أو فضة لأنها سلعة في هذه الرواية فتتعين بالتعيين فيؤدي إلى ربح ما لم يضمن وقال في كتاب الصرف : النقرة لا تتعين بالتعيين فعلى قياس تلك الرواية تصح المضاربة والشركة بها

قوله : قول المضارب لم يذكر ههنا قول أبي حنيفة أولا وذكر في المضاربة من المبسوط وقال : كان يقول أولا : القول قول رب المال لأن المضارب يدعى الشركة ورب المال ينكر ثم رجع وقال : القول قول

المضارب لأن حاصل اختلافهما وقع في مقدار المقبوض والقابض أحق بمعرفة مقدار المقبوض ألا ترى إلى أن القول **قول الغاصب** في مقدار المغصوب ؟ فهذا أولى

قوله : قول رب المال لأن العامل يدعي تقويم العمل ورب المال ينكر قوله : فإنه يدفع إلخ فرق بين المضارب وبين الوكيل بالشراء إذا كان الثمن منقودا إليه فإنه إذا اشترى شيئا وهلك الثمن المنقود ورجع الوكيل به على الموكل ثم هلك من بعد فإنه لا يرجع عليه بعد ذلك والمضارب يرجع مرة بعد مرة أخرى وفرق في الوكالة بين ما إذا كان الثمن منقودا وبين ما إذا لم يكن فإنه إذا اشترى الوكيل ولم يكن الثمن منقودا وقبض من الموكل وهلك عنده غرم من ماله ولم يرجع به على الموكل وإن كان الثمن منقودا وهلك بعد الشراء رجع الوكيل على الموكل وإنما افترق الفصلان في الوكالة لأن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الأمانة دون الاستيفاء فإذا هلك بعد الشراء فهو دائم على الأمانة ورجع به على الموكل فصار مستوفيا ثم لا يرجع به أما إذا لم يكن الثمن منقودا حتى اشترى ثم قبض فقد استوفى فلا يرجع وأما الفرق بين المضاربة والوكالة أن الضمان لا ينافي الوكالة وبالشراء وجب على الوكيل للبائع الثمن ووجب للوكيل على الموكيل مثل ذلك فيرجع عليه بخلاف الكفيل فإنه لا يطالب الأصيل ما لم يطالب ولم يرجع عليه ما لم يؤد الدين فإذا استوفى حقه من الموكل حمل قبضه على جهة الإستيفاء لا على جهة الأمانة فإذا استوفاه مرة لم يبق الحق أصلا أما المضارب لا يصلح أن يكون ضامنا بكل حال فإذا حمل قبضه على الاستيفاء لصار ضامنا فحمل قبضه على جهة الأمانة

قوله : فإنه جائز لأن اشتراط العمل عليه لا يمنع التخلية لأن للعبد يد ألا ترى أنه ليس للمولى أن يسترد ما أودع لعبد من يد المودع ؟ ." (١)

"وظاهره ولو أنه بدل أحد شقي اليمين

فإنه يعد ناكلا ولا بد أن يأتي فيهما بالمجموع

فقول المصنف (وكذا لو نكل مشتر عن الإثبات فقط بعد حلف بائع) لا مفهوم له

بل كذلك لو نكل عن النفي فقط

أو نكل البائع عن أحدهما

(فإن نكلا) أي البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر

(صرفهما الحاكم) كما لو نكل من ترد عليه اليمين على القول بردها

---

(١) النافع الكبير، ص/٤٢١

قاله المنقح

(وإن تحالفا) أي البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر

(فرضي أحدهما بقول صاحبه

أقر العقد) لأن من رضي بقول صاحبه قد حصل له ما ادعاه فلم يملك خيارا

(وإلا) أي وإن لم يرض أحدهما بقول صاحبه

(فلكل منهما الفسخ بلا حاكم) أي لا يفتقر الفسخ لحكم حاكم

لأنه فسخ لاستدراك الظلامة

أشبه رد المعيب

(ولا ينفسخ) العقد (بنفس التحالف) لأنه عقد صحيح

فلم ينفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة

كما لو أقام كل منهما بينة

(ولا) ينفسخ أيضا (بإباء كل واحد منهما الأخذ بما قال صاحبه) بل لا بد من تصريح أحدهما بالفسخ

(وإن كانت السلعة تالفة وتحالفا) لاختلافهما في قدر الثمن وفسخ العقد رجعا (إلى قيمة مثلها إن كانت مثلية وإلا) بأن لم تكن مثلية (ف) إلى (قيمتها) لتعذر رد العين (فيأخذ مشتر) من بائع (الثمن إن كان قد قبض إن لم يرض بقول بائع) وفسخ العقد (و) يأخذ (بائع) من مشتر (القيمة) لأنه فوت عليه المبيع (فإن تساويا) أي الثمن والقيمة (وكانا من جنس) أي نقد واحد (تقاصا وتساقطا) لأنه لا فائدة في أخذه ثم رده

(وإلا) بأن كان أحدهما أقل وهما من جنس واحد

(سقط الأقل

ومثله من الأكثر) ويبقى الزائد يطالب به صاحبه

وإن اختلف الجنس فلا مقاصة

ويأتي (وإن اختلفا) أي البائع والمشتري (في القيمة) أي قيمة السلعة التالفة بعد التفاسخ

فقول مشتر بيمينه (أو) اختلفا (في صفة) السلعة التالفة ككون العبد كان كاتبا فقول مشتر بيمينه (أو) اختلفا في (قدر) السلعة التالفة بأن قال البائع كان المبيع قفيزين

فقال المشتري بل قفيزا (فقول مشتر بيمينه) لأنه غارم

والقول قول الغارم

(فلو وصفها) مشتر (بعيب كبرص وخرق ثوب وغيرهما) كقطع إصبع (فقول من ينفيه) وهو البائع (بيمينه) كما في بعض النسخ لأن الأصل عدم العيب

وإن ثبت أن السلعة كانت معيبة قبل قول المشتري في تقدم العيب على البيع لما تقدم

وإن تعيب المبيع عند مشتر قبل تلفه

ضم أرشه إلى قيمته لكونه مضمونا عليه حين التعيب

قاله في المنتهى

". (١)

"للحيلولة (وإن كان) المغصوب (من المثليات) ولحمله مؤنة (وقيمته في البلدين) أي بلد الغصب وبلد الطلب (واحدة أو هي) أي القيمة (أقل في البلد الذي لقيه) المالك وطلبه منه (فيه فله) أي المالك (مطالبته بمثله) للحيلولة مع أنه لا ضرر عليه (وإن كانت) قيمته ببلد الطلب (أكثر) من قيمته ببلد الغصب (فليس له) أي المالك (المثل) لما فيه من ضرر الغاصب (وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب) لأنه لا ضرر فيها على الغاصب (وفي جميع ذلك متى قدر) الغاصب (على المغصوب أو) قدر (على المثل في بلد الغصب رده) للمالك لأنه الواجب (وأخذ) الغاصب (القيمة) لأنها إنما وجبت للحيلولة وقد زالت

فصل (وإن كان للمغصوب منفعة تصح إجارتها) يعني إن كان المغصوب مما يؤجر عادة (فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده) سواء (استوفى) الغاصب أو غيره (المنافع أو تركها تذهب) لأن كل ما ضمن بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف في يده كالأعيان وحديث الخراج بالضمان وارد في البيع

فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم (وإن ذهب بعض أجزائه) أي المغصوب (في المدة) أي مدة الغصب باستعمال أو لا (كحمل المنشفة لزمه) أي الغاصب (مع الأجرة أرش نقصه) لأن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب

---

(١) كشاف القناع، ٢٣٧/٣

فإذا اجتمعا وجبا والأجرة في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الأجزاء (وإن تلف المغصوب فعليه) أي الغاصب (أجرته إلى) حين (تلفه) لأنه من حين التلف

لم تبق له منفعة حتى توجب عليه ضمانها (ويقبل **قول الغاصب**) أو القابض (إنه تلف) لأنه لا يعلم إلا منه (فيطالب بالبدل) أي بمثله إن كان مثليا وقيمته إن كان متقوما

ويقبل قوله أيضا في وقت التلف بيمينه لتسقط عنه الأجرة من ذلك الوقت (وما لا تصح إجارته) أي لم تجر العادة بإجارته (كغنم وشجر وطير) ونحوه (مما لا منفعة له) تؤجر عادة (لم يلزمه) أي الغاصب (له أجرة) لأن منافعه غير متقومة

ولا يرد عليه صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب لندرة ذلك (وإن غصب شيئا فعجز عن رده)

". (١)

"مباح) أي ومن لم يقدر على شيء مباح (أكل عادته) لدعاء الحاجة إلى ذلك (لا ما له عنه غنى كحلوى وفاكهة

قاله في النوادر) واقتصر عليه في الفروع إذ لا مبيح للزيادة على ما تندفع به الحاجة (وإن اختلفا) أي الغاصب والمالك (في قيمة المغصوب) بأن قال الغاصب قيمته عشرة

وقال المالك اثنا عشر

فقول الغاصب لأنه غارم (أو) اختلفا (في زيادة قيمته هل زادت قبل تلفه أو بعده أو) اختلفا (في قدره) أي المغصوب (أو) اختلفا (في صناعة فيه ولا بينة) لأحدهما (فالقول **قول الغاصب**) بيمينه لأنه منكر لما يدعيه المالك عليه من الزيادة

وإن كان لأحدهما بينة عمل بها (وإن اختلفا في رده) فقال الغاصب رددته

وأنكره المالك فقول المالك لأن الأصل معه (أو) اختلفا في (عيب فيه بعد تلفه) بأن قال الغاصب كان العبد أعمى مثلا وأنكره المالك (فقول المالك) بيمينه لأن الأصل السلامة (لكن لو شاهدت البينة العبد معيبا عند الغاصب فقال المالك حدث) العيب (عند الغاصب وقال الغاصب بل كان) العيب (فيه قبل غصبه **فقول الغاصب**) بيمينه لأنه غارم

---

(١) كشاف القناع، ٤/١١١

والظاهر أن صفة العبد لم تتغير (وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها فسلمها إلى الحاكم ويلزمه) أي الحاكم (قبولها برىء من عهدتها) لأن قبض الحاكم لها قائم مقام قبض أربابها لها لقيامه مقامهم (وله) أي الذي بيده المغصوب (الصدقة بها عنهم) أي أربابها لأن المال يراد لمصلحة المعاش أو المعاد

ومصلحة المعاد أولى المصلحتين

وقد تعينت ههنا لتعذر الأخرى (بشرط ضمانها) لأربابها إذا عرفهم لأن الصدقة بدون الضمان إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل

وهو غير جائز

نقل المروزي على فقراء مكانه أي مكان الغاصب إن عرفه لأنه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجودا أو إلى ورثته

ويراعى الفقراء لأنها صدقة

ونقل صالح أو بالقيمة

وله شراء عرض بنقد

ولا يجوز في ذلك محاباة قريب أو غيره نصا (كلقطة) حرم التقاطها أو لم يعرفها فيتصدق بها عن ربها بشرط الضمان أو يدفعها للحاكم

وإذا أنفقت كانت لمن يأخذ بالحق مباحة كما أنها من يأكلها بالباطل محرمة

وبكل حال ترك الأخذ أجود من القبول

وإذا صح الأخذ كان أفضل

أعني الأخذ والصرف إلى الناس المحتاجين إلا إذا كان من الفاسد فهناك الترك أولى

ومن الصدقة بما ذكر

وقفه أو شراء عين به يقفها

كما ذكره الشيخ تقي الدين نصا (ويسقط عنه) أي الغاصب (إثم الغصب)

". (١)

---

(١) كشاف القناع، ٤/١١٤

" قاعدة :الأصل براءة الذمة

ولذا لم يقبل في شغلها شاهد واحد . ؛ ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل ، والبينة على المدعي لدعوة ما خالف الأصل ، فإذا اختلفا في قيمة المتلف ، والمغصوب فالقول **قول الغارم** ؛ لأن الأصل البراءة عما زاد ولو أقر بشيء ، أو حق قبل تفسيره بما له قيمة ، فالقول للمقر مع يمينه ولا يرد عليه ما لو أقر بدراهم فإنهم قالوا : تلزمه ثلاثة دراهم ؛ لأنها أقل الجمع مع أن فيه اختلافا فقيل : أقله اثنان فينبغي أن يحمل عليه ؛ لأن الأصل البراءة ؛ لأنا نقول : المشهور أنه ثلاثة وعليه مبنى الإقرار .

قاعدة من شك هل فعل شيئا أم لا؟ فالأصل أنه لم يفعل

وتدخل فيها قاعدة أخرى: من تيقن الفعل وشك في القليل ، والكثير حمل على القليل ؛ لأنه المتيقن إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا يبرأ إلا باليقين وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة هي: ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين"والمراد به غالب الظن ولذا قال في الملتقط : ولو لم يفته من الصلاة شيء ، واجب أن يقضي صلاة عمره منذ أدرك لا يستحب ذلك

إلا إذا كان أكبر ظنه فسادها بسلب الطهارة ، أو ترك شرط فحينئذ

يقضي ما غلب على ظنه وما زاد عليه يكره لورود النهي عنه (انتهى) . شك في صلاة هل صلاها أم لا ، أعاد في الوقت شك في ركوع ، أو سجود ، وهو فيها أعاد ، وإن كان بعدها فلا ، وإن شك أنه كم صلى ، فإن كان أول مرة استأنف ، وإن كثر تحرى ، وإلا أخذ بالأقل وهذا إذا شك فيها قبل الفراغ ، وإن كان بعده ، فلا شيء عليه إلا إذا تذكر بعد الفراغ أنه ترك فرضا وشك في تعيينه قالوا : يسجد سجدة واحدة ثم يقعد ، ثم يقوم فيصلي ركعة ، ثم يسجد بسجدتين ، ثم يقعد ، ثم يسجد للسهو كذا في فتح القدير ولو أخبره عدل بعد السلام : إنك صليت الظهر أربعا ، وشك في صدقه وكذبه فإنه يعيد احتياطا ؛ لأن الشك في صدقه شك في الصلاة . ولو وقع الاختلاف بين الإمام ، والقوم." (١)

" لم يأذن له في العمل في ماله وإن كان المضارب عالما بالغصب فلا أجر له لأنه متعد بالعمل ولم يغره أحد وإن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لأنه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد | (وكذا) الحكم (لو أتجر مودع في الوديعة) فالربح لمالك على الصحيح من المذهب ونص عليه في رواية الجماعة | (وإن اختلفا) - أي : الغاصب والمالك - (في قيمة مغصوب) تلف بأن قال الغاصب : قيمته عشرة وقال المالك اثنا عشر **فقول الغاصب** لأنه غارم (أو) اختلفا في (قدره) - أي

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٥٩

: المغصوب – (أو) (في حدوث عيبه أو اختلفا في صناعة فيه بأن قال المالك كان كاتبا وأنكره الغاصب أو) اختلفا في (ملك ثوب) على مغصوب (أو) اختلفا في ملك (سرج عليه) فالقول (قول غاصب) بيمينه حيث لا بينة للمالك لأنه منكر والأصل براءته من الزائد وعدم الصناعة فيه وعدم ملك الثوب أو السرج عليه وإن اختلفا (في رده) فقال الغاصب : رددته وأنكره المالك فقول المالك لأن الأصل معه (أو) اختلفا في وجود (عيب فيه) – أي : المغصوب – حال كونه (تالفا) بأن قال الغاصب بعد تلف المغصوب : كان فيه حين غصبته سلعة أو أصبع زائدة وأنكره مالك وكذلك دعواه أنه كان أعور أو أعرج أو يبول في الفراش ونحو ذلك (كطرش) – بفتحتين – أهون الصمم ويقال هو مولد أو أعمى (فقول مالك) بيمينه على نفي ذلك لأن الأصل السلامة وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت الزيادة فقال المالك : زادت قبل تلفه وقال الغاصب : بعد تلفه فالقول **قول الغاصب** لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدت البينة العبد معيبا عند الغاصب وقال المالك : تعيب عندك وقال الغاصب : بل كان العيب فيه قبل غصبه **فقول الغاصب** بيمينه لأنه غارم والظاهر أن صفة العبد لم تتغير وإن اتفقا على أنه كان به عيب وادعى كل منهما حدوثه عند الآخر فقول غاصب بيمينه

---

(١) ".

"من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق قال في الشرح وحكى عن العنبري ويجب في كل شيء مثله لحديث القصعة لما كسرتها إحدى نسائه صححه الترمذي ولنا حديث العتق وهذا محمول على أنه جوزه بالتراضي انتهى

في بلد غصبه لأنه موضع الضمان بمقتضى التعدي

ويضمن مصاغا مباحا من ذهب أو فضة بالأكثر من قيمته أو وزنه ويقوم بغير جنسه لئلا يؤدي إلى الربا

والمحرم كأواني الذهب والفضة وحلي الرجال يضمن

بوزنه من جنسه لأن صناعته محرمة لا قيمة لها شرعا

ويقبل **قول الغاصب** في قيمة المغصوب التالف

وفي قدره بيمينه حيث لا بينة للمالك لأنه منكر والأصل براءته من الزائد

---

(١) مطالب أولي النهى، ٦٤/٤

ويضمن الغاصب

جنايته أي المغصوب

وإتلافه أي بدل ما يتلفه

بالأقل من الأرش أو قيمته أي العبد كما يفديه سيده لتعلق ذلك برقبته فهي نقص فيه كسائر نقصه وجناية المغصوب على الغاصب أو على ماله هدر لأنها لو كانت على غيره كانت مضمونة عليه ولا يجب له على نفسه شيء فتسقط

---

(١) ".

"٩ -(باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت فقضي بقيمة الجارية الميتة ثموجدها صاحبها فهي له وترد القيمة ولا تكون القيمة ثمنا)

أي هذا باب مترجم بما إذا غصب رجل جارية لشخص يعني أخذها قهرا فلما ادعى عليه المغصب منه زعم أي الغاصب أن الجارية ماتت فقضي على صيغة المجهول ويجوز أن يكون على صيغة المعلوم أي فقضى الحاكم بقيمة تلك الجارية التي زعم الغاصب أنها ماتت ثم وجدها صاحبها وهو المغصوب منه فهي أي الجارية له أي للمالك ويرد القيمة التي حكم بها إلى الغاصب ولا تكون القيمة ثمنا إذ ليس ذلك بيعا إنما أخذ القيمة لزعم هلاكها فإذا زال ذلك وجب الرجوع إلى الأصل

وقال بعض الناس الجارية للغاصب لأخذه القيمة وفي هاذا احتيال لمن اشتهى جارية رجل لا يبيعها فغصبها واعتل بأنها ماتت حتى يأخذ ربها قيمتها فيطيب للغاصب جارية غيره

أراد ببعض الناس أبا حنيفة وليس لذكر هذا الباب هنا وجه لأنه ليس موضعه وإنما أراد به التشنيع على الحنفية وليس هذا من دأب المشايخ قوله لأخذه أي صاحبها قوله واعتل أي تعلل واعتذر

قال النبي أموالكم عليكم حرام ولكل غادر لواء يوم القيامة

هذان طريقان للحديثين المذكورين ذكرهما في معرض الاحتجاج على ما ذكره وليس فيهما ما يدل على دعواه أما الأول فمعناه أن أموالكم عليكم حرام إذا لم يوجد التراضي وهنا قد وجد التراضي بأخذ المالك القيمة وأما الثاني فلا يقال للغاصب في اللغة إنه غادر لأن الغدر ترك الوفاء والغصب هو أخذ شيء قهرا أو عدوانا وقول الغاصب إنها ماتت كذب ثم أخذ المالك القيمة رضا فالحديث الأول وصله البخاري

---

(١) منار السبيل، ١/٤٠٤

مطولا من حديث أبي بكر في أواخر الحج وقال الكرماني قوله أموالكم عليكم مقابلة الجمع بالجمع وهي تفيد التوزيع فيلزم أن يكون مال كل شخص حراما عليه وأجاب بأن هذا مثل قولهم بنو تميم قتلوا أنفسهم أي قتل بعضهم بعضا فهو مجاز أو إضمار فيه للقرينة الصارفة عن ظاهرها كما علم من القواعد الشرعية والحديث الثاني ذكره موصولا هنا على ما يجيء الآن." (١)

"٦٤٥١ - قوله (ولكل غادر لواء)

أي وقال النبي صلى الله عليه وسلم " لكل غادر لواء إلخ " وقد وصله في الباب عن ابن عمر ، وسفيان في سنده هو الثوري ، ومضى شرحه مستوفى في الجهاد ، والاحتجاج به ظاهر لأن دعوى الغاصب أنها ماتت خيانة وغدر في حق أخيه المسلم ، قال ابن بطال : خالف أبا حنيفة الجمهور في ذلك فاحتج هو بأنه لا يجتمع الشيء وبدله في ملك شخص واحد ، واحتج للجمهور بأنه لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه ، ولأن القيمة إنما وجبت بناء على صدق دعوى الغاصب أن الجارية ماتت فلما تبين أنها لم تمت فهي باقية على ملك المغصوبة منه لأنه لم يجر بينهما عقد صحيح فوجب أن ترد إلى صاحبها ، قال : وفرقوا بين الثمن والقيمة بأن الثمن في مقابلة الشيء القائم والقيمة في الشيء المستهلك وكذا في البيع الفاسد ، والفرق بين الغصب والبيع الفاسد أن البائع رضي بأخذ الثمن عوضا عن سلعته وأذن للمشتري بالتصرف فيها ، فإصلاح هذا البيع أن يأخذ قيمة السلعة إن فاتت ، والغاصب لم يأذن له المالك فلا يحل له أن يتملكه الغاصب إلا إن رضي المغصوب منه بقيمته . قلت ومحل الصورة المذكورة أولا عند الحنفية أن يدعي المستحق على الغاصب بالجارية فيجيب بأنها ماتت فيصدقه أو يكذبه فيقيم الغاصب البينة أو يستحلفه فينكل عن اليمين فيكون المستحق حينئذ على الغاصب القيمة لرضا المدعي بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعاه ، أما لو أخذ القيمة **بقول الغاصب** مع حلفه أنها ماتت فالمدعي حينئذ بالخيار إذا ظهر كذب الغاصب إن شاء أمضى الضمان وإن شاء استعاد الجارية ورد العوض ، واستدلوا بأن المالك ملك بدل المغصوب رقبة وبدنا فزال ملكه عن المبدل لكونه قابلا للنقل فلم يقع الحكم للتعدي محضا بل للضمان المشروط ولو نشأ منه فوات الجارية على صاحبها بالحيلة ولو ترتب الإثم على الغاصب بذلك لأنه لا ينافي صحة العقد والله أعلم وقال ابن المنير ما ملخصه : ألزم بعض الحنفية مالكا بأنه يقول في الآبق إذا أخذ المالك قيمته ممن وجده فغصبه أن الغاصب يملكه ، فلو موه الغاصب بأنه مستمر الإباق أو أوهم موته ثم ظهر خلاف ذلك فللمالك أخذه ، والحديث يتناول التمويه وغيره يقتضي أن يعود العبد للمالك ،

---

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ٣٤/٤٨١

والقيمة إن كانت ثمنا لم يعد العبد مطلقا وإن لم تكن ثمنا عاد العبد مطلقا ، وأجيب بأن معنى قوله " أموالكم عليكم حرام " إذا لم يقع التراضي ومع وجود التمويه لم يحصل الرضا بالعوض بخلاف ما إذا لم يكن هناك تمويه فإنه يدل على الرضا بالعوض وتقدر القيمة ثمنا .." (١)

"(حدثنا) ولأبي ذر أخبرنا (شعيب) هو ابن أبي حمزة (عن الزهري) محمد بن مسلم (قال: كان عروة) بن الزبير (يحدث أنه سأل عائشة) -رضي الله عنها- عن معنى قوله تعالى: (﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا﴾) نكاح (﴿اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾) [النساء: ٣] أي من سواهن، وسقط لأبي ذر: من النساء (قالت) عائشة -رضي الله عنها- (هي اليتيمة) التي مات أبوها تكون (في حجر وليها) القائم بأمورها (فيرغب في مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بأدنى) بأقل (من سنة نسائها) من مهر مثل أقاربها (فنهوا) بضم النون (عن نكاحهن إلا أن يقسطوا لهن) بضم التحتية وسكون القاف أي يعدلوا (في إكمال الصداق) على عادتهن في ذلك. (ثم استفتى الناس رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بعد) بالبناء على الضم أي بعد ذلك كما في إحدى الروايات (فأنزل الله) تعالى (﴿ويستفتونك﴾) بالواو ولأبي ذر يستفتونك بإسقاطها (﴿في النساء﴾) [النساء: ١٢٧] (فذكر الحديث) وفي باب الأكفاء من كتاب النكاح بلفظ: إلى ترغبون أن تنكحوهن فأنزل الله لهن: إن اليتيمة إذا كانت ذات جمال ومال رغبوا في نكاحها ونسبها في إكمال الصداق وإذا كانت مرغوبة عنها في قلة المال والجمال تركوها وأخذوا غيرها من النساء قالت: فكما يتركونها حين يرغبون عنها فليس لهم أن ينكحوها إذا رغبوا فيها إلا أن يقسطوا لها ويعطوها حقها الأوفى من الصداق، وقال ابن بطال: فيه أنه لا يجوز للولي أن يتزوج يتيمة بأقل من صداقها ولا أن يعطيها من العروض في صداقها ما لا يفي بقيمة صداق مثلها.

ومطابقة الحديث للترجمة واضحة.

٩ - باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت

فقضى بقيمة الجارية الميتة ثم وجدها صاحبها فهى له ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمنا.

وقال بعض الناس: الجارية للغاصب لأخذه القيمة وفى هذا احتيال لمن اشتهى جارية رجل لا يبيعها فغصبها واعتل بأنها ماتت حتى يأخذ ربها قيمتها فيطيب للغاصب جارية غيره قال النبى -صلى الله عليه وسلم-: «أموالكم عليكم حرام ولكل غادر لواء يوم القيامة».

---

(١) فتح الباري لابن حجر، ٤٣٠/١٩

هذا (باب) بالتنوين يذكر فيه (إذا غصب) رجل (جارية) لغيره فادعى عليه أنه غصبها (فزعم أنها ماتت فقضي) عليه بضم القاف وكسر المعجمة أي فقضى الحاكم عليه (بقيمة البخارية الميتة) في زعمه (ثم وجدها صاحبها) الذي غصبت منه حية (فهي له وترد القيمة) التي حكم له بها على الغاصب (ولا تكون القيمة ثمنا) لها لأنه وإنما أخذها لزعمه هلاكها فإذا تبين بطلانه رجع الحكم إلى الأصل.

(وقال بعض الناس): أي الإمام الأعظم أبو حنيفة -رحمه الله- (الجارية) المذكورة (للغاصب لأخذه) أي لأخذ مالكها (القيمة) عنها من الغاصب. قال البخاري: (وفي هذا احتيال لمن اشتهى جارية رجل لا يبيعها فغصبها) منه (واعتل) احتج (بأنها ماتت حتى يأخذ ربها) مالكها (قيمتها فيطيب) بفتح التحتية بعد الفاء وكسر الطاء ا لمهملة وسكون التحتية أو بضم ففتح وفتح بتشديد فيحل (للغاصب) بذلك (جارية غيره) وكذا في مأكول أو غيره ادعى فساده أو حيوان مأكول ذبحه، ثم استدل البخاري لبطلان ذلك بقوله:

(قل النبي -صلى الله عليه وسلم-): فيما وصله مطولا في أواخر الحج (أموالكم عليكم حرام) قال في الكواكب فإن قلت: مقابلة الجمع بالجمع تفيد التوزيع فيلزم أن يكون مال كل شخص حراما عليه. ثم أجاب بأنه كقولهم بنو تميم قتلوا أنفسهم أي قتل بعضهم بعضا فهو مجاز للقرينة الصارفة عن ظاهرها كما علم من القواعد الشرعية، وأجاب العيني: بأن معنى أموالكم عليم حرام إذا لم يوجد التراضي وهاهنا قد وجد بأخذ الغاصب القيمة (و) قال -صلى الله عليه وسلم- فيما وصله في هذا الباب و (لكل غادر) بالغين المعجمة والدال المهملة (لواء يوم القيامة) وأجاب العيني أيضا بأنه لا يقال للغاصب في اللغة غادر لأن الغدر ترك الوفاء والغصب أخذ الشيء قهرا وعدوانا **وقول الغاصب** ماتت كذب وأخذ المالك القيمة رضا.

٦٩٦٦ - حدثنا أبو نعيم، حدثنا سفيان، عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به».

وبه قال: (حدثنا أبو نعيم) الفضل بن دكين قال: (حدثنا سفيان) الثوري (عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- عن النبي -صلى الله عليه وسلم-) أنه (قال):

(لكل غادر لواء يوم القيامة) أي علم (يعرف به) ولا ريب أن الاعتلال الصادر من الغاصب أن الجارية ماتت غدر وخيانة في حق أخيه المسلم، وقال ابن بطال: خالف أبا حنيفة الجمهور في ذلك، واحتج هو بأنه لا يجمع الشيء وبدله في مال شخص واحد، واحتج الجمهور بأنه لا يحل

مال مسلم إلا عن طيب نفسه ولأن القيمة إنما." (١)

---

(١) شرح القسطلاني = إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ١٠/١٠٨

"(والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف) انظر هذا الإطلاق من المدونة : من غصب أمة وادعى هلاكها واختلفا في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، فإن أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة مع يمينه .

ومن انتهب صرة ببينة ثم قال كان فيها كذا والمغصوب منه يدعي أكثر .

فالقول قول الغاصب مع يمينه .

وسمع ابن القاسم : إن انتهبها وطرحها في متلف فالقول قول المنتهب .

ابن يونس : أما إذا طرحها ولم يفتحها ولم يدر ما فيها فالقول قول المنتهب منه مع يمينه فيما يشبه ؛ لأنه يدعي حقيقة ، وأما إن غاب عليها وقال الذي كان فيها كذا وكذا فالقول قول المنتهب مع يمينه .." (١)

"فيمن غصب جارية فادعى أنه قد استهلكها أو قال هلكت فاختلفا في صفتها قلت : أرأيت إن غصبني رجل جارية فادعى أنه استهلكها ، أو قال : هلكت الجارية ، فاختلفنا في صفتها أنا والغاصب ؟ قال : القول قول الغاصب في الصفة إذا أتى بما يشبه مع يمينه ، فإن أتى بما لا يشبه ، فالقول قول المغصوب منه الجارية في الصفة مع يمينه .

قلت : فإن ضمنها قيمتها ، ثم ظهرت الجارية عند الغاصب بعد ذلك ، أيكون للمغصوب منه أن يأخذها ويرد القيمة ؟ قال : إن علم أن الغاصب أخفاها على المغصوب منه ، فله أن يأخذ جاريته .

وإن لم يعلم ذلك فليس له أن يأخذها إلا أن يكون الغاصب حلف عن صفتها وغرم قيمة تلك الصفة ، فظهرت الجارية بعد ذلك مخالفة لتلك الصفة خلافا بينا ، فيكون للمغصوب منه الجارية أن يرد ما أخذ ويأخذ جاريته ، وإن شاء تركها وحبس ما أخذ من قيمة جاريته ؛ لأنه إنما جحده بعض القيمة ، فلذلك رجع عليه بالذي جحده .

قلت : وهذا قول مالك ؟ قال : هذا رأيي .." (٢)

"اختلاف الغاصب والمغصوب منه في الصفة قلت : أرأيت لو أن رجلا غصب من رجل ثوبا ، فادعى الغاصب أنه غصبه منه خلقا ، وقال المغصوب منه : غصبتنيه جديدا ؟ قال : القول قول الغاصب مع يمينه .

قلت : فإن استحلفه المغصوب منه فحلف ، وأخذ المغصوب منه الثوب خلقا ، ثم وجد بينة بعد ذلك

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٩/١٦٠

(٢) المدونة، ١٣/٥٦

يشهدون أنه غصبه منه جديدا ، أتجيز بينته بعد اليمين في قول مالك ؟ قال : نعم ، إذا لم يكن علم أن له بينة يوم استحلفه ؛ لأنه بلغني عن مالك أنه قال في رجل ادعى قبل رجل حقا ولم يأت ببينة يعلم بها ، فاستحلفه ورضي بيمينه عند السلطان ، أو عند غير السلطان ، ثم أراد أن يقيم البينة عليه بعد ذلك .

قال : فلا شيء له ؛ لأنه قد ترك البينة ورضي بيمينه .

قال : وسمعت مالكا يقول في رجل له على رجل دين ، فجحده فاستحلفه وهو لا يعلم أن له بينة ، فحلف المدعي قبله ، ثم أصاب بعد ذلك بينة يشهدون له .

قال : قال مالك : تقبل بينته ويقضى له بحقه ؛ لأن هذا لم يعلم ببينة حين أحلفه ، فمسألتك مثل هذا .." (١)

" الغاصب فالخلاف مشهور قال : وأرى أن يأخذ المثلي في ثلاثة مواضع : إذا كان الغاصب مستغرق الذمة لأنه إن ترك متاعه حلالا أخذه حراما وإذا استوى سعر البلدين أو هو هاهنا أرخص لعدم الضرر على الغاصب وله غرض في أخذ عين ماله وإذا قال : أنا أدفع الكراء أو ما زاد سوقه الأقل منهما لاندفاع ضرر الغاصب بذلك قال : والذي أراه في الجميع : أن العبد والدابة وما يصل بنفسه أو حمولته خفيفة كالثوب ونحوه فيأخذه وإن كره الغاصب لأنه عين ماله وللغاصب أن يجبره على قبوله وإن كره لتبرأ ذمته إذا كان الطريق التي نقل منه مأمونا وإلا لم يجبر على قبوله وضمنه القيمة وإن كثرت مؤنة نقله وأحب الغاصب تسليمه فلك عدم القبول لأنك قد يكون غرضك أن يكون مالك ببلدك إلا أن يقول الغاصب : أنا أرده والطريق آمن فإن أحببت أخذه وامتنع الغاصب لأجل ما يتكلفه من الأجرة فذلك له على قول ابن القاسم فإن دفعت الأجرة سقط مقاله وليس عليه أن يرده إلى مكان الغصب وقيل : ذلك لك (فرع) في الجواهر : حيث حكم للمغصوب منه بالمثل في بلد الغصب إما لزوما أو اختيارا على الخلاف فلا يدفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثق منه لأن أقل أحوال عين ماله أن يكون كالرهن قال أشهب : يحال بينه وبينه حتى يوفي ما عليه تمهيد : هذه المسألة – وهي نقل المغصوب – قد تشعبت فيها المذاهب واضطربت

." (٢)

---

(١) المدونة، ١٣/٨٥

(٢) الذخيرة، ٨/٣١١

" فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه لأنه مبطل صلح كذلك وإلا فعلى المدعي لأنه مبطل في ظاهر الشرع ولا تجب أجرة تعطيل المدعى عليه في مدة الإحضارلأنه حق للحاكم لا تتم مصالح الأحكام الابه نظائر خولفت قاعدة الدعاوي في قبول قول المدعي في خمس مسائل أحدها اللعان يقبل فيه قول الزوج لأن العادة أن الرجل ينفي عن امرأته الفواحش بحيث أقدم على رميها بها مدمة كذا الشرع مضافا إلى الأيمان والدعاء على نفسه باللعن وهو أشد العبد من الله تعالى وثانيها الأمة يقبل فيها قول الطالب لمن كذا حجه باللوث وثالثها قبول قول الأمناء ليلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت المصالح المترتبة على حفظ الأمانات ورابعها قبول قول الحكام فيما يدعونه من الجرح والتعديل وغيرهما من الأحكام ليلا تفوت المصالح المترتبة على ولاية الأحكام وخامسها قبول قول الغاصب مع يمينه في تلف المغصوب للضرورة الخاصة لىلا يخلد في الحبس ثم الأمين قد يكون أمينا من جهة مستحق الأمانة او من قبل الشرع كالوصي والملتقط ومن ألقت الريح ثوبا إلى بيته (فرع) قال بعض العلماء إذا عجزت عن إقامة الحجة الشرعية فاستعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية اثم دونك إن كان الحق جارية يستباح فرجها بل يجب ذلك عليك لأن مفسدة الوالي اخف من مفسدة الزنا والغصب وكذلك الزوجة وكذلك استعانتك بالأجناد يأثمون ولا تأثم وكذلك في

---

(١) ".

"مفروضان في العبدين وفي كل شيئين لا يتصل منفعة أحدهما بالاخر فاما في زوجي الخف ومصراعي الباب فلا سبيل إلى افراد المعيب بالرد بحال وارتكب بعضهم طرد القولين فيه ولا فرق على القولين بين أن ينفق ذلك بعد القبض أو قبله وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز افراد المعيب بالرد قبل القبض

---

[٢٤٤]

ويجوز بعده إلا أن تتصل منفعة أحدهما بالاخر فان لم نجوز الافراد فلو قال رددت المعيب هل يكون هذا ردا لها عن الشيخ أبي علي رواية وجهين فيه (أصحهما) لابل هو لغو ولو رضي البائع بافراده جاز في أصح الوجهين وان جوزنا الافراد فان رده استرد قسطه من الثمن ولا يسترد

---

(١) الذخيرة، ٤١/١١

[٢٤٥]
الجميع إذ لو صرنا إليه لاخلينا بعض المبيع عن المقابل وعلى هذا القول لو أراد رد السليم والمعيب معه فله ذلك أيضا وفيه وجه ضعيف ولو وجد العيب بالعبدين وم ؟ اد وأفرد أحدهما بالرد جرى

---

[٢٤٦]
القولان ولو تلف أحد العبدين أو باعه ووجد بالباقي عيبا ففي افراده قولان مرتبان. وهذه الصورة أولى بالجواز لتعذر ردهما جميعا (فان قلنا) يجوز الافراد رد الباقي واسترد من الثمن حصته وسبيل التوزيع تقدير العبدين سليمين وتقويهما ويقسط الثمن على القيمتين فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى

---

[٢٤٧]
المشتري ما يقتضي زياة الواجب على ما اعترف به البائع فقولان (أصحهما) وقد نص عليه في أخلاف العراقيين أن القول قول البائع مع يمينه لانه ملك جميع الثمن بالبيع فلا رجوع عليه الا بما اعترف به (والثاني) أن القول قول المشتري لانه تلف في يده فاشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة لان القول **قول الغاصب** الذي حصل الهلاك في يده (وان قلنا) لا يجوز الافراد فوجهان

---

[٢٤٨]." [1]

"كانت الدراهم المبذولة باقية بعينها في يد المالك فللشيخ أبى محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها أم لا وإذا اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب (وقوله) في الكتاب ورد القيمة معلم - بالحاء - لان عنده تملك العبد بالضمان فلا رد ولا استرداد وساعدنا في المدبر وفيما إذا اختلفا في القيمة وغرمناه ما اعترف به ثم عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالمتقومات وان أورده في هذا القسم بل ضمان الخيار ثابت في كل مغصوب خرج من يد المالك وتعذر رده. (فرع) قد مر أن منافع المغصوب مضمونة فبم كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة يضمن فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضى أبو سعد بن يوسف (أضعفها) إنها بالاكثر في جميع المدة (وأظهرها) أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها (والثالث) أن الامر كذلك

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ١٨٠/٨

ان كانت الاجرة في أول المدة أقل وان كانت أكثر ضمنها بالاكثر في جميع المدة لانه لو كان المال في يده فربما يلزمه بها جميع المدة. قال (وان تنازعا في تلف المغصوب فالقول **قول الغاصب** (و) لانه ربما يعجز عن البينة وهو صادق. فان حلف جاز طلب القيمة وان كان العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف. وكذلك

---

[٢٨٦]." (١)

"إذا تنازعا في القيمة أو في صفقة العبد (و) أو في عيب (ز) يؤثر في القيمة فالقول **قول الغاصب** لان الاصل براءة الذمة. وكذلك إذا تنازعا في الثوب الذى على العبد لان العبد وثوبه في يد الغاصب). المقصود من بقية الباب الكلام في تنازع المالك والغاصب وذلك يقع على أنحاء (منها) إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكر المالك فالصيحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول **قول الغاصب** مع يمينه لانه قد يعجز عن البينة وهو صادق فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه ولما وجد عنه مخرجا وفيه وجه أن القول قول المالك مع اليمين لان الاصل بقاؤه (وإذا قلنا) بالاول فلو حلف الغاصب هل للمالك تغريمه القيمة أو المثل فيه وجهان (أحدهما) لا لبقاء العين في زعمه (وأصحهما) نعم وهو المذكور في الكتاب لانه عجز عن الوصول إليها بيمين الغاصب وان كانت باقية (ومنها) إذا اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته فالقول **قول الغاصب** لان ، لاصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة وينبغي أن يشهد الشهود بان قيمته كذا أما إذا أراد اقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات فعن صاحب التقريب حكاية قول أنها تقبل ويقوم وينزل على أقل الدرجات (والمذهب) المنع لان الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة لتفاوتهم في الملاحة وما لايدخل تحت الوصف قال الامام لكن المالك يستفيد باقامة البينة على الاوصاف ابطال دعوى الغاصب

---

[٢٨٧]." (٢)

"مقدارا حقيرا لا يليق بتلك الصفات كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ثم قومه بشئ حقير لا يليق بها لا يلتفت إليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدا يجوز أن تكون قيمة لمثل ذلك

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٧٩/١١

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٨٠/١١

الموصوف ولو قال المالك قيمته ألف وقال الغاصب خمسمائة وجاء المالك ببينة على أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير (منهم) من قال لا تسمع البينة هكذا (والاكثرون) سمعوها وقالوا فائدة السماع ان يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه ولو قال المالك لأدري كم قيمته لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين وكذا لو قال الغاصب أعلم أعلم أنه دون ما ذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين فإذا حلف عليه (ومنها) لو قال المالك كان العبد كاتبا أو محترفا وأنكر الغاصب فالقول قول الغاصب لان الاصل عدمه براءة ذمته وحكى العراقيون من أصحابنا وجها أن القول قول المالك لانه أعرف بحال مملوكه ولو ادعي الغاصب به عيبا وأنكر المالك نظر ان ادعى عيبا حادثا بان قال كان أقطع أو سارقا ففى المصدق منهما قولان (أحدهما) الغاصب لان الاصل براءة ذمته (وأصحهما) المالك لان الاصل والغالب دوام السلامة ولو ادعى عيبا في أصل الخلقة بان قال كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب لان الاصل العدم والمالك متمكن من اثباته بالبينة وفيه وجهان آخران (أحدهما) تصديق المالك نظرا إلى غلبة السلامة (والثاني) الفرق بين

---

[٢٨٨]". (١)

"قال المزني وقد قطع بأن هذا المعنى أصح قال المزني وقطعه به في أربعة مواضع أولى به من أحد قولين لم يقطع به وهو القياس على أصله في القرعة أن العتق يوم تكلم بالعتق حتى أقرع بين الأحياء والموتى فهذا أولى بقوله قال المزني رحمه الله قد قال الشافعي لو أعتق الثاني كان عتقه باطلا وفي ذلك دليل لو كان ملكه بحاله لو عتق بإعتاقه إياه وقوله في الأمة بينهما أنه إن أحبلها صارت أم ولد له إن كان موسرا كالعتق وأن شريكه إن وطئها قبل أخذ القيمة كان مهرها عليه تاما وفي ذلك قضاء لما قلنا ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم ثمنين أحدهما في بيع عن تراض يجوز فيه التغابن والآخر قيمة متلف لا يجوز فيه التغابن وإنما هي على التعديل والتقسيط فلما حكم النبي على المعتق الموسر بالقيمة دل على أنها قيمة متلف على شريكه يوم أتلفه فهذا كله قضاء لأحد قوليه على الآخر وبالله التوفيق

قال الشافعي رحمه الله

ولو قال أحدهما لصاحبه وصاحبه موسر أعتقت نصيبك وأنكر الآخر عتق نصيب المدعى ووقف ولاؤه لأنه زعم أنه حر كله وادعى قيمة نصيبه على شريكه فإن ادعى شريكه مثل ذلك عتق العبد وكان له

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٨١/١١

ولاؤه قال وفيها قول آخر إذا لم يعتق نصيب الأول لم يعتق نصيب الآخر لأنه إنما يعتق بالأول قال المزني قد قطع بجوابه الأول أن صاحبه زعم أنه حر كله وقد عتق نصيب المقر بإقراره قبل أخذه قيمته فتفهم ولا خلاف أن من أقر بشيء يضره لزمه ومن ادعى حقا لم يجب له وهذا مقر للعبد بعتق نصيبه فيلزمه ومدع على شريكه بقيمة لا تجب له ومن قوله وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال لشريكه بعتك نصيبي بثمن وسلمته إليك وأنت موسر وإنك قبضته وأعتقته وأنكر شريكه أنه مقر بالعتق لنصيبه نافذ عليه مدع الثمن لا يجب له فهذا وذاك عندي في القياس سواء وهذا يقضي لأحد قوليه على الآخر قال المزني وقد قال الشافعي لو قال أحدهما لصاحبه إذا أعتقته فهو حر فأعتقه كان حرا في مال المعتق وسواء كان بين مسلمين أو كافرين أو مسلم وكافر قال المزني وقد قطع بعتقه قبل دفع قيمته ودليل آخر من قوله أنه جعل قيمته يوم تكلم بعتقه فدل أنه في ذلك الوقت حر قبل دفع قيمته

قال الشافعي

وإذا أدى الموسر قيمته كان له ولاؤه وإن كان معسرا عتق نصيبه وكان شريكه على ملكه يخدمه يوما ويترك لنفسه يوما فما اكتسب لنفسه فهو له وإن مات وله وارث ورثه بقدر ولائه فإن مات له مورث لم يرث منه شيئا قال المزني القياس أن يرث من حيث يورث وقد قال الشافعي إن الناس يرثون من حيث يورثون وهذا وذاك في القياس سواء

قال الشافعي

فإن قال قائل لا تكون نفس واحدة بعضها عبدا وبعضها حرا كما لا تكون امرأة بعضها طالقا وبعضها غير طالق قيل له أتتزوج بعض امرأة كما تشتري بعض عبد أو تكاتب المرأة كما يكاتب العبد أو يهب امرأته كما يهب عبده فيكون الموهوب له مكانه قال لا قيل فما أعلم شيئا أبعد من العبد مما قسته عليه

قال الشافعي

ولو أعتق شريكان لأحدهما النصف وللآخر السدس معا أو وكلا رجلا فأعتق عنهما معا كان عليهما قيمة الباقي لشريكيهما سواء لا أنظر إلى كثير الملك ولا قليله قال المزني هذا يقضي لأحد قوليه في الشفعة أن من له كثير ملك وقليله في الشفعة سواء

قال الشافعي

وإذا اختلفا في قيمة العبد ففيها قولان أحدهما أن القول قول المعتق والثاني أن القول قول رب النصيب لا يخرج ملكه منه إلا بما يرضى قال المزني قد قطع الشافعي في موضع آخر بأن القول قول

الغارم وهذا أولى بقوله وأقيس على أصله على ما شرحت من أحد قوليه لأنه يقول في قيمة ما أتلف أن القول قول الغارم ولأن السيد مدع للزيادة فعليه البينة والغارم منكر فعليه اليمين قال ولو قال هو خباز وقال الغارم ليس كذلك فالقول قول الغارم ولو قال هو سارق أو آبق وقال الذي له الغرم ليس كذلك فالقول قوله مع يمينه وهو على البراءة من العيب حتى يعلم قال المزني قد قال في الغاصب إن القول قوله

---

(١) ".

"أن به داء أو غائلة والقياس على قوله في الحر يجنى على يده فيقول الجاني هي شلاء أن القول قول الغارم

قال الشافعي

وإذا أعتق شركا له في مرضه الذي مات فيه عتقا بتاتا ثم مات كان في ثلثه كالصحيح في كل ماله ولو أوصى بعتق نصيب من عبد بعينه لم يعتق بعد الموت منه إلا ما أوصى به & باب في عتق العبيد لا يخرجون من الثلث &

قال الشافعي

ولو أعتق رجل ستة مملوكين له عند الموت لا مال له غيرهم جزئوا ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم كما أقرع النبي في مثلهم وأعتق اثنين ثلث الميت وأرق أربعة للوارث وهكذا كل ما لم يحتمل الثلث أقرع بينهم ولا سعاية لأن في إقراع رسول الله بينهم وفي قوله إن كان معسرا فقد عتق منه ما عتق إبطالا للسعاية من حديثين ثابتين وحديث سعيد بن أبي عروبة في السعاية ضعيف وخالفه شعبة وهشام جميعا ولم يذكروا فيه استسعاء وهما أحفظ منه & باب كيفية القرعة بين المماليك وغيرهم &

قال الشافعي رحمه الله

أحب القرعة إلي وأبعدها من الحيف عندي أن تقطع رقاع صغار مستوية فيكتب في كل رقعة اسم ذي السهم حتى يستوظف أسماءهم ثم تجعل في بنادق طين مستوية وتوزن ثم تستجف ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر الكتابة ولا إدخالها في البندق ويغطى عليها ثوب ثم يقال له أدخل يدك فأخرج بندقة فإذا أخرجها فضت وقرىء اسم صاحبها ودفع إليه الجزء الذي أقرع عليه ثم يقال له أقرع على الجزء الثاني الذي

---

(١) مختصر المزني، ص/٣١٩

يليه وهكذا ما بقي من السهمان شيء حتى تنفد وهذا في الرقيق وغيرهم سواء & باب الإقراع بين العبيد في العتق والدين والتبدئة بالعتق &

قال الشافعي

ويجزأ الرقيق إذا أعتق ثلثهم ثلاثة أجزاء إذا كانت قيمهم سواء ويكتب سهم العتق في واحد وسهما الرق في اثنين ثم يقال أخرج على هذا الجزء بعينه ويعرف فإن خرج عليه سهم العتق عتق ورق الجزءآن الآخران وإن خرج على الجزء الأول سهم الرق رق ثم قيل أخرج فإن خرج سهم العتق على الجزء الثاني عتق ورق الثالث وإن خرج سهم الرق عليه عتق الثالث وإن اختلفت قيمهم ضم قليل الثمن إلى كثير الثمن حتى يعتدلوا فإن تفاوتت قيمهم فكان قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة جزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم على القيم فإن كانت قيمة واحد مائتين واثنين خمسين وثلاثة خمسين فإن خرج سهم العتق على الواحد عتق منه نصفه وهو الثلث من جميع المال والآخرون رقيق وإن خرج سهم اثنين عتقا ثم أعيدت القرعة بين الثلاثة والواحد وأيهم خرج سهمه بالعتق عتق منه ما بقي من الثلث ورق ما بقي منه ومن غيره وإن خرج السهم على الإثنين أو الثلاثة فكانوا لا يخرجون معا جزئوا ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم كذلك حتى يستكمل الثلث ويجزءون ثلاثة أجزاء أصح عندي من أكثر من ثلاثة وإن كان عليه دين يحيط ببعض رقيقه جزىء الرقيق على قدر الدين ثم جزئوا فأيهم خرج عليه سهم الدين بيعوا ثم أقرع ليعتق ثلثهم بعد الدين وإن ظهر عليه دين بعد ذلك بعت من عتق حتى لا يبقى عليه دين فإن أعتقت ثلثا وأرفقت ثلثين بالقرعة ثم ظهر له مال يخرجون معا من الثلث أعتقت من أرققت ودفعت إليهم ما اكتسبوا بعد عتق المالك

---

(١) ".

"الشراء ودفع الثمن فادعى البائع أنه أخذه منه في السر فهو مدع فوجب أن يكون القول **قول الغاصب** وقد روي عن يحيى أن المشتري إذا عرف بالعداء والظلم أن القول قول البائع مع يمينه وقاله ابن القاسم وقع ذلك في بعض الروايات وهو إغراق إذا أقر أنه دفع إليه الثمن ثم ادعى أنه أخذه منه وأما لو لم يقر بقبض الثمن وقال : إنما أشهدت له على نفسي بقبضه تقية على نفسي لأشبه أن يصدق في ذلك مع

---

(١) مختصر المزني، ص/٣٢٠

يمينه في المعروف بالغصب وإنما يكون قول يحيى من تصديق البائع فيما ادعى من أنه دس إليه من أخذ منه الثمن في السر إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره ، وبالله التوفيق ، انتهى .." (١)

"مهر المثل.

وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله.

وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالئ.

والذي يجئ على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الاجل **قول الغارم** قياسا على البيع وفيه خلاف، ويتصور أيضا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال: لا يجب إلا بعد الدخول قياسا على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة، ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية قال: يجب قبل الدخول.

ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق.

الركن الثالث: في معرفة محل العقد وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين: إما بنكاح، أو بملك يمين.

والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا إلى قسمين: موانع مؤبدة، وموانع غير مؤبدة.

والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها، ومختلف فيها.

فالمتفق عليها ثلاث: نسب، وصهر، ورضاع.

واختلف فيها الزنا، واللعان.

والغير مؤبدة تنقسم إلى

تسعة: أحدها: مانع العدد.

والثاني: مانع الجمع.

والثالث: مانع الرق.

الرابع: مانع الكفر.

والخامس: مانع الاحرام.

والسادس: مانع المرض.

والسابع: مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده.

والثامن: مانع التطليق ثلاثا للمطلق.

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٢٧٨/١٥

والتاسع: مانع الزوجية.

فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا، ففي هذا الباب أربعة عشر فصلا.

الفصل الاول: في مانع النسب واتفقوا على أن النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن: الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت، واتفقوا على أن الام ههنا: اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب، والبنت: اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة، وأما الاخت: فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما أعني الاب أو الام أو كليهما، والعمة: اسم لكل أنثى هي أخت لابيك أو لكل ذكر له عليك ولادة، وأما الخالة: فهي اسم لاخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة، وبنات الاخ: اسم لكل أنثى لاخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة، وبنا ت الاخت: اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة.

والاصل فيها قوله تعالى: * (حرمت عليكم) * إلى آخر الآية.

وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطئ يحرم الوطئ بملك اليمين.." (١)

"الصانع وقول المكري وإن طال، وهو الاصل.

وإذا اختلف المكري والمكتري أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكتري والمستأجر لانه الغارم، والاصول على أن القول قول الغارم، وقال ابن الماجشون: القول قول المكتري له والمستأجر إذا كانت العين مستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك.

وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير.

ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل، وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة، أو نوعها.

أو قدر الكراء أو نوعه، فإن كان اختلافهما في نوع المسافة، أو في نوع الكراء، فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوالثمن، قال ابن القاسم: انعقد أو لم ينعقد، وقال غيره: القول قول رب الداب إذا انعقد وكان يشبه ما قال.

(١) بداية المجتهد، ٢٦/٢

وإن كان اختلافهما في قدر المسافة، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير، فالتحالف والتفاسخ، وإن كان بعد ركوب كثير، أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة إن انعقد وكان يشبه ما قال، وإن لم ينعقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين، فما جعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه.

وكذلك إن انعقد ولم يشبه قوله، وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه.

وإن

اختلفا في الامرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول والدابة بقرطبة: اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين ويقول المكتري: بل بدينار إلى إشبيلية، فإن كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة، فإن كان لم ينقد المكتري شيئا كان القول قول رب الدابة في المسافة، والقول قول المكتري في الثمن، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة، على أنه لو كان الكراء به إلى إشبيلية وذلك أنه قول المكتري، وإن لم يشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وإن كان المكتري نقد الثمن الذي يدعي أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشئ منه إذ هو مدعى عليه في بعضه، وهو يقول: بل هو لي وزيادة، فيقبل قوله فيه لانه قبضه، ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقر به المكتري على المسافة، فيأخذ رب الدابة من ذلك ماناب المسافة التي ادعاها.

وهذا القدر كاف لي في هذا الباب.." (١)

"فمن قال : معلل قال : يحلف أبدا أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفا وتفاسخا . ومن قال : غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق ، وتدعي عليه قدرا زائدا ، فهو مدعى عليه . وقيل أيضا : يتحالفان أبدا ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف في ذلك في المذهب . ومن قال : القول قولها إلى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبدا في الدعوى ، بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه ، فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون

---

(١) بداية المجتهد، ١٨٩/٢

القول قوله . وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل هو : هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه ؟ فمن قال : يشبه به قال بالتفاسخ . ومن قال : لا يشبه ، لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شيء ، ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به ، فهو في غاية الضعف . ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف ، مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة : لم أقبض ، وقال الزوج : قد قبضت ، فقال الجمهور : القول قول المرأة ، الشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وأبو ثور . وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول . وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا ، والقول بأن القول قولها أبدا أحسن ، لأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج . واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين ، أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف في جنس الصداق فقال هو مثلا : زوجتك على هذا العبد ، وقالت هي : زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت ، وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به . وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول . والقول قول الزوج بعد الدخول . وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه ، سواء أشبه قولهما أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج : فإن كان قولها مشبها كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبها تحالفا ، وكان لها صداق المثل . وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافها في القدر (أعني : يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل) . وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم في الوقت : فإنه يتصور في الكالئ . والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل **قول الغارم** ، قياسا على البيع ، وفيه خلاف ، ويتصور أيضا متى يجب : هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال : لا يجب إلا بعد الدخول قياسا على البيع ، إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة . ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية قال : يجب قبل." (١)

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٤١٧

"الأجرة أم لا ، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لا أجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة . ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلا . ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة، لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة . ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة في الاجارة : فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من الموج . وأصل مذهب مالك : أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق ، أو كسر في المصنوع ، أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا معه ، إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجواهر ، ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، واحتراق الخبز عند الفران ، والطبيب يموت العليل من معالجته ، وكذلك البيطار ، إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث . وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب ، والسجن ، والدية ، قيل : في ماله ، وقيل : على العاقلة .

الفصل الثالث في معرفة حكم الاختلاف وهو النظر في الاختلاف ، وفي هذا الباب أيضا مسائل : فمنها : أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ، ورب المصنوع في صفة الصنعة : فقال أبو حنيفة : القول قول رب المصنوع ، وقال مالك ، وابن أبي ليلى : القول قول الصانع . وسبب الخلاف من المدعي منهما على صاحبه ، ومن المدعى عليه ؟ ومنها : إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع في الاجارة : فالقول عند مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة، لأنهم كانوا ضامنين لما في أيديهم . وقال ابن الماجشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بينة ، وإن كان دفع إليهم ببينة فلا يبرءون إلا ببينة . وإذا اختلف الصانع ، ورب المتاع في دفع الأجرة ، فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف المكري والمكتري ، وقيل : بل القول قول الصانع ، وقول المكري ، وإن طال ، وهو الأصل . وإذا اختلف المكري ، والمكتري ، أو الأجير ، والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك ، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكتري والمستأجر، لأنه الغارم ، والأصول على أن القول **قول الغارم** . وقال ابن الماجشون : القول." (١)

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٥٨٥

" ، فالفوات : هو ما رجع إليه ، وعدم الفوات هو ما رجع عنه ، ولكنه هو المعتمد .

قوله : ١٦ (وأكله ربه) : أي قبل أن يفوت عند الغاصب بطبخ مثلا ، وإلا فمجرد الفوات موجب للضمان على الغاصب ، ولو أكله ربه ضيافة ، فإن أكله ربه بعد الفوات بغير إذن الغاصب ضمن كل منهما للآخر القيمة ، فالغاصب يضمن قيمته وقت الاستيلاء عليه ، وربه يضمن قيمته للغاصب وقت الأكل .

قوله : ١٦ (بإذن الغاصب أو لا) : فمتى أكله قبل الفوات لا ضمان على الغاصب ، ولو أكرهه الغاصب على أكله فلا مفهوم لقول خليل ضيافة لأنه باشر إتلافه والمباشر مقدم على المتسبب في ضمان إذا ضعف السبب ، وما ذكره المصنف من عدم ضمان الغاصب إذا أكله ربه مقيد بما إذا كان الطعام مناسبا لحال مالكه كما لو هيأه للأكل لا للبيع وإلا ضمنه الغاصب لربه ويسقط عن الغاصب من قيمته قيمة ما شأنه أكله ، كما إذا كان الطعام يساوي عشرة دراهم ويكفي مالكه من الطعام اللائق به ما يساوي نصف درهم ، فإن الغاصب يغرم له تسعة دراهم ونصفا ، قال في الحاشية : وينبغي أن يكون هذا القيد إذا أكله مكرها أو غير عالم ، أما إن أكله طائعا بأنه ملكه فلا ضمان على الغاصب .

قوله : ١٦ (وملكه الغاصب) إلخ : أي ولو غاب المغصوب ببلد آخر إذ لا يشترط حضوره بالبلد . وهذا صريح في ضعف القول بأنه يشترط في صحة بيع المغصوب لغاصبه رده لربه وهو أحد شقي التردد في قول خليل أول باب البيوع . وهل إن رده لربه مدة ؟ تردد . وقال أشهب : لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائبا لأن ذات المغصوب فاتت بالغيبة عليها وصار الواجب على الغاصب إنما هو القيمة لا ذات المغصوب .

قوله : ١٦ (ونعته) : أي فإذا غصب جارية وادعى هلاكها واختلف في صفاته من كونها بيضاء أو سوداء فالقول قول الغاصب بيمينه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول لسيدها إن انفرد بالشبه ، فإن تجاهلا الصفة فإن المغصوب يقدر من أدنى الجنس ، ويغرم الغاصب قيمته على ذلك يوم الغصب ، وإذا تجاهلا القدر أمرهما الحاكم بالصلح ، فإن لم يصطلحا تركا حتى يصطلحا .

قوله : ١٦ (وقدره) : أي من كيل أو وزن أو عدد ، قال التتائي ربما يدخل في تخالفهما في القدر مسألتان .

الأولى : غاصب صرة ثم يلقيها في البحر مثلا ولا يدري ما فيها ؛ فالقول قول الغاصب

". (١)

"ومن غصب أمة فباعها، فقام ربها وقد أعتقها المبتاع، فله أخذها ونقض العتق، نقصت أو زادت، وله أن يجيز البيع، فإن أجازه تم العتق بالعقد الأول، والعتق منعقد بظاهر الشراء، والبيع لم يزل جائزا إلا أن للمستحق فيه الخيار.

٣٥٣٦ – ومن باع أمة ثم أقر أنه غصبها من فلان، لم يصدق على المبتاع، ويضمن لربها قيمتها يوم غصبها، إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن، فذلك له.

٣٥٣٧ – ومن ابتاع أمة من غاصب ولم يعلم [به]، ثم ابتاعها الغاصب من ربها، فليس للغاصب نقض ما باع، لأنه تحلل صنيعه وكأنه غرم القيمة له.

ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها، كان نقضا لبيع الغاصب، وللمبتاع أخذها من الذي اشتراها من الغاصب.

٣٥٣٨ – وإن باع الغاصب ما غصب، ثم علم المبتاع بالغصب والمغصوب منه غائب، فللمبتاع رد البيع بحجة أنه يضمنه، ويصير ربه مخيرا عليه إذا قدم. وليس للغاصب أن يقول: أنا أستأني رأي صاحبها.

ولو حضر المغصوب منه فأجاز البيع، لم يكن للمبتاع رده، وكذلك من افتيت عليه في بيع سلعته في غيبة ربها أو حضوره.

وإن أقمت بينة على رجل أنه غصبك جارية لا يدرون قيمتها وقد هلكت، قيل لهم: صفوها! وتقوم تلك الصفة.

وإن شهدت البينة أنه غصبك ثوبا أو جارية، لا يدرون لمن تلك الجارية أو الثوب، فذلك تمليك، ويقضى عليه برد ذلك إليك.

٣٥٣٩ – وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة، واختلفا في صفتها، صدق الغاصب في الصفة مع يمينه، فإن جاء بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة مع يمينه، ولو قضينا **بقول الغاصب** في القيمة ثم ظهرت السلعة، أو الأمة عنده بعد الحكم، فإن علم أنه أخفاها، فلربها أخذها ورد ما أخذ، وإن لم يعلم ذلك لم يأخذها [ربها، قال ابن القاسم:] إلا أن يظهر أفضل من تلك الصفة بأمر بين، فلربها الرجوع بتمام القيمة، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها.((١))

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٣٨١

(1) انظر: مواهب الجليل (٥/٢٩٩).." (١)

"٣٥٤٠ - ومن غصب أو انتهب صرة ببينة، ثم قال: كان فيها كذا، والمغصوب يدعي أكثر، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

٣٥٤١ - وإذا ولدت الأمة بيد الغاصب من وطئه، أو من زوج تزوجها علم أنها أمة ولم يعلم بالغصب، أو ولدت من زنا، فلربها أخذها وأخذ الولد رقا، ويحد الغاصب في وطئه إن أقر بالوطء، ولا يثبت نسب ولده، ويثبت نسب ولد الزوج ويكون رقا، إلا أن يتزوجها أنها حرة، فيكون عليه لربها قيمة الولد ويكون حرا.

٣٥٤٢ - ومن ابتاع أمة [من غاصب] فأعتقها، فليأخذها ربها، وينتقض العتق إن قامت له بينة أنها غصبت منه أو سرقت، أو أنها له ولم تذكر البينة غير ذلك، وإذا ولدت من المبتاع فمذكور في كتاب الاستحقاق.

٣٥٤٣ - ومن ابتاع ثوبا من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق، غرم المبتاع لربه قيمته يوم لبسه، وإن شاء ربه ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، أو أجاز البيع وأخذ الثمن.

ولو تلف الثوب من عند المبتاع [بأمر من الله تعالى، لم يضمنه، ولو تلف عند الغاصب] بأمر من الله، ضمنه.

ومن غصب من رجل طعاما أو إداما فاستهلكه، فعليه مثله بموضع غصبه، فإن لم يجد هناك مثلا، لزمه أن يأتي بمثله، إلا أن يصطلحا على أمر جائز.

فإن لقيه ربه بغير البلد الذي غصبه فيه لم يقض عليه هناك بمثله ولا بقيمته، وإنما له عليه مثله بموضع غصبه فيه.

٣٥٤٤ - وأما العروض والرقيق والحيوان، فله قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب يأخذه بتلك القيمة أينما لقيه من البلدان، نقصت القيمة في غير البلد أو زادت.

وما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر، أو تناسل من الحيوان، أو جز من الصوف، أو حلب من اللبن، فإنه يرد ذلك كله مع ما اغتصب لمستحقه، وما أكل رد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا يقضى بمثله.." (٢)

(١) تهذيب المدونة، ٣/٣٠١

(٢) تهذيب المدونة، ٣/٣٠٢

"ومن غصب أمة فباعها، فقام ربها وقد أعتقها المبتاع، فله أخذها ونقض العتق، نقصت أو زادت، وله أن يجيز البيع، فإن أجازه تم العتق بالعقد الأول، والعتق منعقد بظاهر الشراء، والبيع لم يزل جائزا إلا أن للمستحق فيه الخيار.

٣٥٣٦ – ومن باع أمة ثم أقر أنه غصبها من فلان، لم يصدق على المبتاع، ويضمن لربها قيمتها يوم غصبها، إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن، فذلك له.

٣٥٣٧ – ومن ابتاع أمة من غاصب ولم يعلم [به]، ثم ابتاعها الغاصب من ربها، فليس للغاصب نقض ما باع، لأنه تحلل صنيعه وكأنه غرم القيمة له.

ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها، كان نقضا لبيع الغاصب، وللمبتاع أخذها من الذي اشتراها من الغاصب.

٣٥٣٨ – وإن باع الغاصب ما غصب، ثم علم المبتاع بالغصب والمغصوب منه غائب، فللمبتاع رد البيع بحجة أنه يضمنه، ويصير ربه مخيرا عليه إذا قدم. وليس للغاصب أن يقول: أنا أستأني رأي صاحبها.

ولو حضر المغصوب منه فأجاز البيع، لم يكن للمبتاع رده، وكذلك من افتيت عليه في بيع سلعته في غيبة ربها أو حضوره.

وإن أقمت بينة على رجل أنه غصبك جارية لا يدرون قيمتها وقد هلكت، قيل لهم: صفوها! وتقوم تلك الصفة.

وإن شهدت البينة أنه غصبك ثوبا أو جارية، لا يدرون لمن تلك الجارية أو الثوب، فذلك تمليك، ويقضى عليه برد ذلك إليك.

٣٥٣٩ – وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة، واختلفا في صفتها، صدق الغاصب في الصفة مع يمينه، فإن جاء بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة مع يمينه، ولو قضينا **بقول الغاصب** في القيمة ثم ظهرت السلعة، أو الأمة عنده بعد الحكم، فإن علم أنه أخفاها، فلربها أخذها ورد ما أخذ، وإن لم يعلم ذلك لم يأخذها [ربها، قال ابن القاسم:] إلا أن يظهر أفضل من تلك الصفة بأمر بين، فلربها الرجوع بتمام القيمة، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها.((١))

---

(1) انظر: مواهب الجليل (٥/٢٩٩).." (١)

---

(١) تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة))، ٣٠١/٣

"٣٥٤٠ – ومن غصب أو انتهب صرة ببينة، ثم قال: كان فيها كذا، والمغصوب يدعي أكثر، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

٣٥٤١ – وإذا ولدت الأمة بيد الغاصب من وطئه، أو من زوج تزوجها علم أنها أمة ولم يعلم بالغصب، أو ولدت من زنا، فلربها أخذها وأخذ الولد رقا، ويحد الغاصب في وطئه إن أقر بالوطء، ولا يثبت نسب ولده، ويثبت نسب ولد الزوج ويكون رقا، إلا أن يتزوجها أنها حرة، فيكون عليه لربها قيمة الولد ويكون حرا.

٣٥٤٢ – ومن ابتاع أمة [من غاصب] فأعتقها، فليأخذها ربها، وينتقض العتق إن قامت له بينة أنها غصبت منه أو سرقت، أو أنها له ولم تذكر البينة غير ذلك، وإذا ولدت من المبتاع فمذكور في كتاب الاستحقاق.

٣٥٤٣ – ومن ابتاع ثوبا من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق، غرم المبتاع لربه قيمته يوم لبسه، وإن شاء ربه ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه، أو أجاز البيع وأخذ الثمن.

ولو تلف الثوب من عند المبتاع [بأمر من الله تعالى، لم يضمنه، ولو تلف عند الغاصب] بأمر من الله، ضمنه.

ومن غصب من رجل طعاما أو إداما فاستهلكه، فعليه مثله بموضع غصبه، فإن لم يجد هناك مثلا، لزمه أن يأتي بمثله، إلا أن يصطلحا على أمر جائز.

فإن لقيه ربه بغير البلد الذي غصبه فيه لم يقض عليه هناك بمثله ولا بقيمته، وإنما له عليه مثله بموضع غصبه فيه.

٣٥٤٤ – وأما العروض والرقيق والحيوان، فله قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب يأخذه بتلك القيمة أينما لقيه من البلدان، نقصت القيمة في غير البلد أو زادت.

وما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر، أو تناسل من الحيوان، أو جز من الصوف، أو حلب من اللبن، فإنه يرد ذلك كله مع ما اغتصب لمستحقه، وما أكل رد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا يقضى بمثله.." (١)

"وفيها لو نقل الجارية إلى بلد ثم اشتراها من ربها في بلد آخر جاز وقال أشهب بشرط أن تعرف القيمة ويبدل ما يجوز فيها بناء على أصلي السلامة ووجوب القيمة وإذا حكم بالقيمة ملكه الغاصب فلا رجوع له في مثل الآبق على المشهور فإن كان قد موه فله الرجوع والقول قول الغاصب في تلفه وصفته ومبلغه ولو ولدت ثم مات الولد ففي الضمان فيه قولان لابن القاسم وأشهب ولو قتله ضمنه وإذا تعيب

---

(١) تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة))، ٣/٣٠٢

بسماوي فليس له إلا قيمته أو أخذه بغي رشيء وبجناية أجنبي له أذخه واتباع الأجنبي أو أخذ قيمته من الغاصب يوم الغصب ثم يتبع الغاصب الجاني وانكسار الثديين عيب أما لو نقص سوقها من عشرة إلى درهم لم يلزم سواها على المشهور كما لو زاد وفي كون جناية الغاصب كالأجنبي قولان لابن القاسم وأشهب واستشكل الفرق بينه وبين القتل ولو قتل العبد قصاصا ضمن فإن تعلق أرش برقبته فقال ابن القاسم كعيب سلعة فإن أخذ القيمة فللغاصب إسلامه أو فداؤه وإن أخذه سيده فكذلك وقال أشهب يسلمه السيد أو يفديه أولا ثم يرجع بالأقل من قيمته أو جنايته وإن صار العصير خمرا فعصير مثله وخلا خير فيهما وإن صار الخمر خلا تعين ألا أن يكون لذمي فيخير بينه وبين قيمته خمرا على الأشهر وإذا زرع البذر وأفرخ البيض فالمث لوقال سحنون الفراخ للمالك وعليه أجرة الحضن

وعن أشهب فيمن غصب دجاجة فباضت وحضنت بيضها فللمالك كالولادة فإن حضنت غير بيضها أو باضت وحضنه غيرها فالدجاجة ومثل

جامع الأمهات ج:١ ص:٤١١

البيض قال محمد وعليه أجرة حضنها

وإذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة والثوب ويدفع قيمة الصبغ وقال أشهب لا شيء عليه في الصبغ أما لو نقصت قيمته فلا شيء عليه ولا له إن أخذخ وإذا ضرب الطين لبنا ضمن مثله وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها وقال محمد إذا لم يشوها فلربها أخذها مع أرشها ولو غصب نقرة فصاغها ضمن مثلها وقال ابن الماجشون لہ أن يأخذه المخيط المصنوع والمصبوغ مجانا إذ ليس لعرق ظالم حق." (١)

"(قوله أرض ، أو عمود ، أو خشب) الأولى قصر ما هنا على ما إذا كان المغصوب عمودا ، أو خشبا فإدخال الأرض هنا غير صحيح ؛ لأن حكمها مخالف للعمود ، والخشب ؛ لأنه إذا غصب أرضا وبنى فيها خير ربها بين أن يأمره بهدم بنائه وتسوية الأرض كما كانت ، أو يدفع للغاصب قيمة بنائه منقوضا وسيأتي حكمها للمصنف في قوله وفي بنائه في أخذه ودفع قيمة نقضه إلخ ا هـ .

بن وقوله أرض ، أو عمود بالرفع نائب فاعل المغصوب .

(قوله وله إبقاؤه ، وأخذ قيمته) أي فالمغصوب منه مخير بين هدم ما عليه ، وأخذ شيئه وبين إبقائه للغاصب ، وأخذ قيمته ولا يلتفت **لقول الغاصب** حيث طلب المغصوب منه القيمة أنا أهدم بنائي ولا أغرم

---

(١) جامع الأمهات لابن الحاجب، ص/٢٨٨

القيمة خلافا لابن القصار حيث قال يلتفت لقوله ولو كان المغصوب عمودا واختار المالك هدم ما عليه ، وأخذه فتلف في حال قلعه فهل الضمان على الغاصب ، أو على المغصوب منه ؛ لأنه لما اختار أخذه فقد هلك على ملكه ، والظاهر الأول نقله شيخنا عن خط عج وقوله هدم بناء عليه أي على الشيء المغصوب يفهم منه بالأولى لو كان المغصوب أنقاضا فبناها الغاصب فللمغصوب منه هدمها وله إبقاؤها ، وأخذ قيمتها وكذا إذا غصب ثوبا وجعلها بطانة لجبة فلربه أخذه ، وإبقاؤه وتضمينه القيمة (قوله وله) أي للمغصوب منه غلة إلخ (قوله رجح إلخ) حاصل هذا الذي رجحه بعض الشراح أن المغصوب إن كان عقارا واستعمله الغاصب كانت غلته لربه فيلزمه أجرته إن سكن فيه ، أو أسكنه لغيره ويلزمه أن." (١)

"في الصفة (قوله ، أو موه في الصفة فقط) أي فالمنطوق صورتان وقوله رجع عليه بفضلة أخفاها راجع لإحدى صورتي المنطوق قال ح وانظر لو وصفه الغاصب ، ثم ظهر أنه أنقص مما قال بعد أن غرم القيمة فهل له الرجوع أم لا ؟ .

واستظهر شيخنا العدوي أن له الرجوع (قوله ومفهومه أنه إن موه في الذات) أي فقط ، وأولى في الذات ، والصفة كأن يقول الغاصب العبد الذي غصبته منك الأسود قد أبق ، ثم يظهر بعد أن غرم قيمته أنه لم يأبق ، وأنه أبيض (قوله لم يملكه) أي بما غرمه من القيمة (قوله ولربه أخذه) أي ورد ما أخذه من القيمة .." (٢)

"(قوله ونعته) أي فإذا غصب جارية وادعى هلاكها واختلفا في صفتها من كونها بيضاء ، أو سوداء فالقول قول الغاصب بيمينه إن أتى بما يشبه فإن أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه بيمينه إن انفرد بالشبه فإن تجاهلا الصفة فإن المغصوب يجعل من أدنى جنسه ويغرم الغاصب قيمته على ذلك يوم الغصب قال شيخنا ، وإذا تجاهلا القدر أمرهما الحاكم بالصلح فإن لم يصطلحا تركا حتى يصطلحا (قوله وقدره) أي من كيل ، أو وزن ، أو عدد ، قال تت ربما يدخل في تخالفهما في القدر مسألتان الأولى غاصب صرة ، ثم يلقيها في البحر مثلا ولا يدري ما فيها فالقول قول الغاصب مع يمينه عند مالك ، ابن ناجي وعليه الفتوى لإمكان معرفة ما فيها بعلم سابق ، أو بحبسها وقال مطرف وابن كنانة وأشهب القول لربها مع يمينه إن ادعى ما يشبه وكان مثله يملكه ؛ لأنه يدعي تحقيقا ، والآخر يدعي تخمينا .

وأما إن غاب عليه الغاصب فالقول قوله مع يمينه من غير خلاف ، والمسألة الثانية قول عبد الملك في قوم

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٢١/١٤

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٥٧/١٤

أغاروا على منزل رجل ، والناس ينظرون فنهبوا ما فيه ولا يشهدون بأعيان المغصوب ، بل بالإغارة ، والنهب فقط فلا يعطى المنتهب منه بيمينه ، وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة وقال ابن القاسم محتجا بقول مالك في الصرة وقال مطرف القول قول المغار عليه مع يمينه إن أشبه وكان مثله يملك ذلك (قوله وحلف) أي في القدر ، والنعت كما في عبق ، بل وفي دعوى التلف أيضا كما في بن نقلا عن ح وابن عبد السلام (قوله إن أشبه) أي." (١)

"قوله : [ونعته] : أي فإذا غصب جارية وادعى هلاكها واختلف في صفاتها من كونها بيضاء أو سوداء فالقول قول الغاصب بيمينه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول لسيدها إن انفرد بالشبه ، فإن تجاهلا الصفة فإن المغصوب يقدر من أدنى الجنس ، ويغرم الغاصب قيمته على ذلك يوم الغصب ، وإذا تجاهلا القدر أمرهما الحاكم بالصلح ، فإن لم يصطلحا تركا حتى يصطلحا .

قوله : [وقدره] : أي من كيل أو وزن أو عدد ، قال التتائي ربما يدخل في تخالفهما في القدر مسألتان .

الأولى : غاصب صرة ثم يلقيها في البحر مثلا ولا يدري ما فيها ؛ فالقول قول الغاصب بيمينه عند مالك ، ابن ناجي وعليه الفتوى لإمكان معرفة ما فيه بعلم سابق أو بجسها ، وقال مطرف وابن كنانة وأشهب : القول لربها إن ادعى ما يشبه وكان مثله يملكه ؛ لأنه يدعي تحقيقا والآخر يدعي تخمينا ، وهذا ما لم يغب الغاصب عليها قبل ذلك وإلا فالقول قوله بيمينه من غير خلاف .

والمسألة الثانية : قول عبد الملك في قوم أغاروا على منزل رجل والناس ينظرون ، فنهبوا ما فيه وشهدت الناس بالإغارة والنهب لا بأعيان المغصوب فلا يعطى المنتهب منه بيمينه وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة ، وقال ابن القاسم : القول قول المغار عليه مع يمينه إن أشبه وكان مثله يملك ذلك .

قوله : [فلربه القول] : الأوضح تقديم المبتدأ على الخبر .

وكلامه صادق بصورتين : أن يشبه المغصوب منه ، أو لا يشبه واحدا منهما .

قوله : [فلربه الرجوع عليه] : أي فإن كذب في." (٢)

"الطرف الرابع في الاختلاف وفيه مسائل

الأولى ادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكر المالك

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٥٩/١٤

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٤٠/٨

فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه وقيل قول المالك بيمينه فعلى الصحيح إذا حلف الغاصب هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة وجهان

أشحهما نعم

الثانية اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته صدق الغاصب لأن الأصل براءته وعلى المالك البينة وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا أما إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات ففي قول يقبل ويقوم بالأوصاف وينزل على أقل الدرجات كالسلم والمشهور المنع للتفاوت

قال الإمام لكن يستفيد المالك بالبينة على الأوصاف إبطال دعوى الغاصب مقدارا حقيرا لا يليق بتلك الصفات ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ثم قومه بحقير لا يليق بها لا يلتفت إليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدا يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف

ولو قال المالك قيمته ألف وقال الغاصب بل خمسمائة وجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير فقيل لا تسمع هكذا والأكثرون سمعوها قالوا وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمائة إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه ولو قال المالك لا أدري كم قيمته لم تسمع دعواه حتى يبين

وكذا لو قال الغاصب أعلم انه دون ما ذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين فاذا بين حلف عليه

الثالثة قال المالك كان العبد كاتبا أو محترفا فأنكر الغاصب فالصحيح أن القول قول الغاصب وقيل قول المالك لأنه أعرف بملكه

ولو ادعى الغاصب به عيبا وأنكر المالك نظر إن ادعى عيبا حادثا فقال كان أقطع أو سارقا ففي المصدق قولان أظهرهما المالك

وإن ادعى عيبا خلقيا فقال كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب على الصحيح لأن

". (١)

"إقرار البائع على المشتري ويبقى البيع بحاله إلا أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار فيجعل ذلك فسخا للبيع

ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو رد بعيب لزمه تسليمه إلى زيد

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٥/٢٨

وإن صدقه البائع والمشتري جميعا سلم العبد إلى زيد وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفا

ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري لم يبطل العتق سواء وافقهما العبد أو خالفهما لأن في عتقه حقا لله تعالى بخلاف ما لو كاتبه المشتري ثم توافقوا على تصديق المدعي لأن الكتابة قابلة للفسخ

وللمدعي في مسألة الاعتاق قيمة العبد على البائع جن اختص بتصديقه وإذا أوجبنا الغرم للحيلولة فيما إذا أقر به لزيد ثم لعمرو وعلى المشتري إن اختص بتصديقه وعلى من شاء منهما إن صدقاه جميعا

وقرار الضمان على المشتري إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر فلا يطالب المشتري بالزيادة

ولو مات المعتق وقد كسب مالا فهو للمدعي لأن المال خالص حق آدمي وقد توافقوا أنه مستحقه بخلاف العتق كذا أطلقوه

قال الإمام وهو محمول على يستقل به العبد فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد فلا يستحقه المدعي لاعترافه بخلوه عن الاذن

قلت ولو ادعى الغاصب رد المغصوب حيا وأقام به بينة فقال المالك بل مات عندك وأقام به بينة تعارضت البينتان وسقطتا وضمن الغاصت لأن الأصل بقاء الغصب

ولو قال غصبنا من زيد ألفا ثم قال كنا عشرة أنفس وخالفه زيد قال في البيان قال بعض أصحابنا القول **قول الغاصب** بيمينه لأن الأصل براءته مما زاد

والله أعلم

". (١)

"– (ص) والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف (ش) يعني أن الغاصب إذا قال إن الشيء المغصوب قد تلف وكذبه ربه فالقول **قول الغاصب** لأنه غارم وكذلك القول **قول الغاصب** في نعته أي في صفته وكذلك القول **قول الغاصب** في قدر الشيء المغصوب يريد مع يمينه في المسائل الثلاث كما في المدونة فالضمير في له للغاصب وإنما يكون القول قوله في نعته وقدره حيث أشبه أشبه الآخر أم لا فإن لم يشبه وأشبه رب المغصوب فالقول قوله مع يمينه فإن لم يشبها قضى بأوسط القيم بعد أيمانهما بنفي كل دعوى صاحبه مع تحقيق دعواه وفهم من قوله نعته وقدره أنهما لو اختلفا في جنسه لم يكن الحكم كذلك

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٣٠/٥

وهو كذلك في حالة عدم شبههما فإن القول حينئذ **قول الغاصب** لأنه غارم إذ لا يتأتى فيه أوسط القيم .
s(قوله في تلفه) أي إذا ادعاه وأنكر المغصوب منه أي وفي ثمنه إذا باعه وقوله في نعته أي صفته وتعيين الصفة بأحد أمرين إما وصف الطول والعرض والصفاقة والخفة وغير ذلك وإما إتيان الغاصب بمثل ما غصب ويقول مثل هذا." (١)

"(قوله وقدره) أي من كيل أو وزن أو عدد (قوله يريد مع يمينه) فإن نكل فالقول قول ربه مع يمينه (قوله بعد أيمانهما) أي ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل (قوله وهو كذلك في حالة عدم شبههما) حاصله أن القول **قول الغاصب** إن أشبه ، أشبه المغصوب منه أم لا فإذا انفرد المغصوب منه بالشبه القول قوله فإن لم يشبه واحد منهما فالقول **قول الغاصب** (قوله لأنه غارم) تعليل لقوله فإن القول إلخ وقوله إذ لا يتأتى تعليل للمعلل مع علته وقوله يريد إن أشبه راجع للاختلاف في النعت والقدر لا في دعوى التلف (قوله وأما تضمينه) أي تضمينه الثابت تحقيقا وأما الثابت بالدعوى فهو الذي ذكره هنا (قوله سواء كان إلخ) هذا من تتمة التعميم المشار له بقوله وسواء علم المشتري أم لا والأولى أن يضمه له فيقول وسواء علم المشتري بالغصب أم لا وسواء كان إلخ وقوله ثم غرم مبتدأ وقوله فيما يغاب عليه خبر وهو مرتب على تصديق المشتري فيما يغاب عليه بعد يمينه بالله الذي لا إله إلا هو لقد هلك ثم يغرم قيمته لآخر رؤية فإن لم ير عنده ضمن قيمته يوم القبض وهذا في المقوم وأما المثلي فيضمن مثله سواء رئي أم لا ، لا يقال كيف يغرم مع كونه اشتراه لأنا نقول هو اشتراه من غير مالكه فيجب عليه غرم القيمة لمالكه ويرجع بثمنه على الغاصب البائع له إن وجده وإلا ضاع عليه الثمن لأنه مفرط بعدم تثبته في الشراء حيث اشترى من الغاصب وإن كان البائع الغاصب." (٢)

"- (ص) والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف (ش) يعني أن الغاصب إذا قال إن الشيء المغصوب قد تلف وكذبه ربه فالقول **قول الغاصب** لأنه غارم وكذلك القول **قول الغاصب** في نعته أي في صفته وكذلك القول **قول الغاصب** في قدر الشيء المغصوب يريد مع يمينه في المسائل الثلاث كما في المدونة فالضمير في له للغاصب وإنما يكون القول قوله في نعته وقدره حيث أشبه أشبه الآخر أم لا فإن لم يشبه وأشبه رب المغصوب فالقول قوله مع يمينه فإن لم يشبها قضى بأوسط القيم بعد أيمانهما بنفي كل دعوى صاحبه مع تحقيق دعواه وفهم من قوله نعته وقدره أنهما لو اختلفا في جنسه لم يكن الحكم كذلك

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٤٥٤/١٨

(٢) شرح خليل للخرشي، ٤٥٦/١٨

وهو كذلك في حالة عدم شبههما فإن القول حينئذ **قول الغاصب** لأنه غارم إذ لا يتأتى فيه أوسط القيم .

s(قوله في تلفه) أي إذا ادعاه وأنكر المغصوب منه أي وفي ثمنه إذا باعه وقوله في نعته أي صفته وتعيين الصفة بأحد أمرين إما وصف الطول والعرض والصفاقة والخفة وغير ذلك وإما إتيان الغاصب بمثل ما غصب ويقول مثل هذا." (١)

"(قوله وقدره) أي من كيل أو وزن أو عدد (قوله يريد مع يمينه) فإن نكل فالقول قول ربه مع يمينه (قوله بعد أيمانهما) أي ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل (قوله وهو كذلك في حالة عدم شبههما) حاصله أن القول **قول الغاصب** إن أشبه ، أشبه المغصوب منه أم لا فإذا انفرد المغصوب منه بالشبه القول قوله فإن لم يشبه واحد منهما فالقول **قول الغاصب** (قوله لأنه غارم) تعليل لقوله فإن القول إلخ وقوله إذ لا يتأتى تعليل للمعلل مع علته وقوله يريد إن أشبه راجع للاختلاف في النعت والقدر لا في دعوى التلف (قوله وأما تضمينه) أي تضمينه الثابت تحقيقا وأما الثابت بالدعوى فهو الذي ذكره هنا (قوله سواء كان إلخ) هذا من تتمة التعميم المشار له بقوله وسواء علم المشتري أم لا والأولى أن يضمه له فيقول وسواء علم المشتري بالغصب أم لا وسواء كان إلخ وقوله ثم غرم مبتدأ وقوله فيما يغاب عليه خبر وهو مرتب على تصديق المشتري فيما يغاب عليه بعد يمينه بالله الذي لا إله إلا هو لقد هلك ثم يغرم قيمته لآخر رؤية فإن لم ير عنده ضمن قيمته يوم القبض وهذا في المقوم وأما المثلي فيضمن مثله سواء رئي أم لا ، لا يقال كيف يغرم مع كونه اشتراه لأنا نقول هو اشتراه من غير مالكه فيجب عليه غرم القيمة لمالكه ويرجع بثمنه على الغاصب البائع له إن وجده وإلا ضاع عليه الثمن لأنه مفرط بعدم تثبته في الشراء حيث اشترى من الغاصب وإن كان البائع الغاصب." (٢)

"والقول للغاصب في دعوى التلف وقدر مغصوب وما به اتصف هكذا كقول الشيخ خليل والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف .

وقول ابن الحاجب والقول **قول الغاصب** في تلفه وصفته ومبلغه .

(التوضيح) يعني إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه : هل تلف الشيء المغصوب أم لا ؟ واختلفا في صفته أو مبلغه فالقول **قول الغاصب** ؛ لأنه غارم وإن غصب جارية وادعى هلاكها واختلف في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، فإن أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه مع يمينه

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨/٤٥٤

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨/٤٥٦

.

وكذلك نص مالك في المدونة والعتبية على وجوب اليمين على الغاصب إذا اختلفا في العدد .

ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف لكن نص فيها على الشيء المستحق إذا كان مما يعاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه ، وكذلك في رهن ما يعاب عليه ، ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالا منهما وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف .

وقال أشهب يصدق الغاصب مع يمينه ، وإن ادعى ما لا يشبه ؛ كما لو قال : هي صماء بكماء .

انتهى محل الحاجة منه ولم ينص الناظم على وجوب اليمين على الغاصب في المسائل الثلاث اتكالا منه على ما هو معلوم في عرف الفقهاء أنهم إذا قالوا : القول قوله .

يعنون بيمين ، وإذا قالوا : مصدق فيعنون بغير يمين .

ولكن هذا غالب لا مطرد ، والله أعلم .." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نعم للناظر هدم البناء المحدث بل يجب عليه وعلى الحاكم وعلى جماعة المسلمين هدمه ؛ لأنه يضر المسجد والحق فيه لله تعالى قال الله – سبحانه وتعالى – ﴿ وأن المساجد لله ﴾ فيجب على المذكورين القيام به قال ابن سلمون الضرر يكون في الباني والساحات والفدادين والشجر ونحوها والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ فمن أحدث ضررا على جاره في بناء ، أو غرس ، أو غير ذلك منع انتهى والله – سبحانه وتعالى – أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .

==========

#(ما قولكم) فيمن خطف حليا من نقد كان على نعش ميت وذلك بحضرة جماعة لا يعرفون قدر ذلك الحلي فهل يصدق الخاطف في قدره بيمينه ، أو مالكه كذلك وإذا أنكر الخاطف الخطف وشهدت عليه به الجماعة الذين لا يعرفون قدره فهل يصدق فيه مالكه كذلك أفيدوا الجواب .

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله إن أقر الخاطف بالخطف وادعى قدرا صدق بيمينه وإن أنكره فقال ابن القاسم لا يصدق المالك في القدر وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة وقال مطرف يصدق إن أشبه وكان مثله يملكه قال التتائي يدخل في تخالفهما أي الغاصب والمغصوب منه في القدر مسألتان : الأولى غاصب صرة يلقيها في بحر مثلا ولا يدري ما فيها ولا فتحها ويدعي ربها

---

(١) شرح ميارة، ١٦/٤

أن فيها كذا ويخالفه الغاصب فالقول **قول الغاصب** بيمينه عند مالك رضي الله تعالى عنه وابن ناجي وعليه الفتوى لإمكان معرفته ما فيها بعلم سابق ، أو بجسها وقال مطرف وابن كنانة وأشهب القول لربها بيمينه إن ادعى ما يشبه وكان مثله يملكه ؛ لأنه يدعي تحقيقا والآخر تخمينا وأما إن غاب عليها وقال فيها كذا فالقول له بيمينه والثانية قول عبد الملك في قوم أغاروا على منزل رجل والناس ينظرون فذهبوا بما فيه ولا يشهدون ب أعيان المنهوب لكن بالغارة والنهب فلا يعطى المنتهب منه بيمينه وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة قاله ابن القاسم محتجا له بقول مالك في الصرة ولمطرف : القول قول المغار عليه بيمينه إن أشبه وكان مثله يملكه ا هـ .

===========." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله إن أقر الخاطف بالخطف وادعى قدرا صدق بيمينه وإن أنكره فقال ابن القاسم لا يصدق المالك في القدر وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة وقال مطرف يصدق إن أشبه وكان مثله يملكه قال التتائي يدخل في تخالفهما أي الغاصب والمغصوب منه في القدر مسألتان : الأولى غاصب صرة يلقيها في بحر مثلا ولا يدري ما فيها ولا فتحها ويدعي ربها أن فيها كذا ويخالفه الغاصب فالقول **قول الغاصب** بيمينه عند مالك رضي الله تعالى عنه وابن ناجي وعليه الفتوى لإمكان معرفته ما فيها بعلم سابق ، أو بجسها وقال مطرف وابن كنانة وأشهب القول لربها بيمينه إن ادعى ما يشبه وكان مثله يملكه ؛ لأنه يدعي تحقيقا والآخر تخمينا وأما إن غاب عليها وقال فيها كذا فالقول له بيمينه والثانية قول عبد الملك في قوم أغاروا على منزل رجل والناس ينظرون فذهبوا بما فيه ولا يشهدون بأعيان المنهوب لكن بالغارة والنهب فلا يعطى المنتهب منه بيمينه وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة قاله ابن القاسم محتجا له بقول مالك في الصرة ولمطرف : القول قول المغار عليه بيمينه إن أشبه وكان مثله يملكه ا هـ .." (٢)

"

---

(١) فتاوى ابن عليش، ٢/١٤١

(٢) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٤/٢٤٨